

**Roj:** SAN 3163/2013  
**Órgano:** Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso  
**Sede:** Madrid  
**Sección:** 3  
**Nº de Recurso:** 723/2011  
**Nº de Resolución:**  
**Fecha de Resolución:** 15/07/2013  
**Procedimiento:** CONTENCIOSO  
**Ponente:** JOSE FELIX MENDEZ CANSECO  
**Tipo de Resolución:** Sentencia

### **Resumen:**

Objeto del recurso: impugnación directa del artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios. Obligaciones de información adicional a los clientes para el caso de que de un producto de inversión que ha sido ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad. Instrumentos financieros de cobertura del tipo de interés. Swaps. La ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores. incorporó al derecho español la normativa MIFID, directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004. En virtud de ello, el artículo 79 bis de dicha ley del mercado de valores regula los deberes de información al cliente. . La orden ministerial recurrida no se ajustaría a derecho si se interpreta en el sentido de que viene a establecer un régimen jurídico distinto y con menores garantías para el cliente de servicios bancarios al establecido por la normativa comunitaria MIFID y en definitiva al previsto en la ley del mercado de valores en el caso de un producto de inversión que ha sido ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad, con base en la excepción contemplada en el artículo 79 quáter de la ley del mercado de valores y el artículo 19.9 de la directiva MIFID, porque se precisa que sea no una norma nacional interna como la orden impugnada, sino la "legislación de la unión europea y normas europeas comunes" la normativa que prevea, establezca y regule dicha excepción. Y lo cierto es que no existe esa precisa legislación de la Unión Europea o normas europeas comunes que den contenido a la referida excepción. Ahora bien, el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuando regula la "información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés" lo hace, tal y como expresa la norma literalmente, de modo adicional, es decir, sin excluir el deber de observancia y cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis de la ley del mercado de valores, a las que no desplaza, sino que se adiciona o agrega. Dado el planteamiento hecho por las partes en el presente recurso (ambas consideran que el artículo 24 de la orden ministerial recurrida desplaza a la normativa MIFID), es por lo que este Tribunal concluye la procedencia de dictar una sentencia interpretativa de la norma impugnada. En consecuencia, desestimamos el presente recurso interpuesto contra el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, pero siempre que la denominada "información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés" que dicho artículo 24 regula se interprete de modo que no excluya el deber general de cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores en los supuestos en que un producto de inversión sea ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad, no pudiendo entenderse, por tanto, que el referido artículo 24 ampare la

excepción recogida en el artículo 79 quáter) de la propia Ley del Mercado de Valores.

---

## Encabezamiento

### **SENTENCIA**

Madrid, a quince de julio de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional y bajo el número **723/11**, se tramita a instancia de la **ASOCIACION DE AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS "ASUAPEDEFIN"**, representada por la Procuradora Dña. Sharon Rodríguez de Castro Rincón contra la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## I. ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y es la Resolución de fecha 29 de octubre de 2011.

**SEGUNDO.-** Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

**CUARTO.-** Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 28 de mayo de 2013 continuándose la deliberación hasta el día 9 de julio del presente año en el que, efectivamente, se votó y falló.

**QUINTO.-** En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO.

## II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna en el presente recurso la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, en cuanto aprobó su artículo 24, que dispone lo siguiente:

**"Artículo 24. Información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.**

1. En relación con cualquier sistema de cobertura de tipo interés que se comercialice vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y, especialmente, aquellos a los que se refiere la obligación establecida para las entidades de crédito en el *artículo 19.2 de la Ley 36/2003, de 11 de noviembre*, de medidas de reforma económica, se informará al cliente de:

a) La naturaleza del instrumento de cobertura, si se trata de un límite al alza del tipo de interés, o si se trata de otro tipo de instrumento de cobertura ya sea porque el límite al alza vaya acompañado de un límite a la baja, o por cualquier otra característica, en cuyo caso se indicará expresamente que el producto no se limita a proteger al cliente frente al alza de tipos.

b) Su duración y, en su caso, las condiciones para su prórroga o renovación.

c) En función de la naturaleza del instrumento, si fuera el caso:

1.º la obligatoriedad del pago de una prima, y su importe;

2.º las potenciales liquidaciones periódicas del instrumento, producto o sistema de cobertura, teniendo en cuenta diversos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia, destacando la posibilidad de que las mismas pueden ser negativas;

3.º la metodología de cálculo del coste asociado a una cancelación anticipada, con referencia a distintos escenarios de tipos de interés que respondan a la evolución histórica del tipo de referencia.

d) Y Otras características del instrumento, producto o sistema de cobertura que pudiera establecer el Banco de España.

2. La información a la que se refiere el apartado anterior se recogerá en un anexo a la Ficha de Información Personalizada.

3. No será necesario, a efectos de la aplicación de lo previsto en este artículo, que en la contratación del sistema de cobertura se produzca una vinculación expresa y formal con el préstamo, siendo suficiente que las partes reconozcan expresamente en dicha contratación que el sistema de cobertura se contrata con esa finalidad respecto de aquel.

Dicha finalidad no podrá observarse, en ningún

caso, cuando el importe nocional de la cobertura supere al del préstamo que pretende cubrir. Por el contrario, sí será posible observarla aun cuando el plazo del sistema de cobertura sea superior al del préstamo, siempre que este sea renovable y su no renovación suponga la cancelación del sistema de cobertura sin coste para el cliente."

**SEGUNDO.-** Es fundamental para la resolución del presente recurso examinar y valorar el planteamiento que las partes hacen de la cuestión.

Planteamiento de la parte recurrente.

La parte recurrente considera nulo de pleno derecho el citado *artículo 24 por vulneración de lo dispuesto en los artículos 79 bis y siguientes de la Ley del Mercado de Valores*, al desplazar, mediante la creación de un régimen jurídico propio y de menor protección el establecido en aquella norma para la protección de los clientes cuando contratan instrumentos financieros complejos, en concreto, derivados como las permutas financieras de tipos de interés.

Para la actora el *artículo 24 de la orden recurrida contempla el caso de un producto de inversión que ha sido ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y considera que el artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores* no exceptiona las obligaciones de información establecidas en el *artículo 79 bis del mismo texto legal*.

Planteamiento del Abogado del Estado.

El Abogado del Estado admite que el ofrecimiento de un instrumento de cobertura del tipo de interés (swap) por una entidad de crédito a sus clientes constituye un instrumento financiero al que, en principio, le resulta de aplicación las disposiciones contenidas en la Ley del Mercado de Valores.

Según el Abogado del Estado el *artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores*, regula los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales. El Abogado del Estado, sin embargo, ha alegado la inaplicabilidad de este régimen jurídico por considerar que concurre la excepción establecida en el *artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores*.

Para el Abogado del Estado lo que contempla el *artículo 24 de la orden recurrida es el caso de un producto de inversión que ha sido ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad y considera que en este caso el artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores* exceptiona las obligaciones de información establecidas en el *artículo 79 bis del mismo texto legal*.

Normativa fundamental de aplicación al caso.

La ley 47/2007 de 19 de diciembre, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores. incorporó al derecho español la normativa MIFID (en inglés, Markets in Financial Instruments Directive), Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo). Esta directiva ha sido modificada por la Directiva 2008/10/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2008.

El artículo 79 quáter de dicha Ley del Mercado de Valores dispone:

"Artículo 79 quáter. Excepciones a las obligaciones de información y de registro.

Lo dispuesto en los dos artículos anteriores no será de aplicación cuando se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información".

El citado artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores tras puso casi literalmente lo que establece el artículo 19.9 de la Directiva MIFID:

"En caso de que se ofrezca un servicio de inversión como parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a normas europeas comunes para entidades de crédito y créditos al consumo relativas a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información, dicho servicio no estará sujeto además a las obligaciones establecidas en el presente artículo".

Por su parte, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sala cuarta, de 30 de mayo de 2013, ha declarado al respecto que "el artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo, debe interpretarse en el sentido de que, por una parte, un servicio de inversión sólo se ofrece como parte de un producto financiero cuando forma parte intrínseca de éste en el momento en que dicho producto financiero se ofrece al cliente y, por otra parte, lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19".

**TERCERO.-** Como más arriba se ha señalado, el planteamiento de la cuestión por las partes es si mediante una norma como la contenida en el artículo 24 de la orden ministerial impugnada puede establecerse, para

*determinados supuestos de permuta financiera de tipos de interés, una regulación diferente y, según la actora, con menor protección para los clientes bancarios, a la establecida para las permutas financieras de tipos de interés por la Ley del Mercado de Valores y la normativa comunitaria de aplicación a esta clase de instrumentos financieros.*

Sin embargo, a juicio de este Tribunal la resolución del presente recurso exige analizar con carácter fundamental el contenido del artículo 24 y el alcance de la expresión utilizada por la orden ministerial recurrida precisamente en dicho artículo 24, titulado "información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés".

Y para resolver dicha cuestión debe hacerse la siguiente precisión.

No consta en modo alguno que la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, se fundamente o declare fundamentarse en la excepción prevista en el *artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores* ni en la prevista por el *artículo 19.9 de la Directiva MIFID*. Ni en su texto normativo ni en su preámbulo dicha orden ministerial dice nada al respecto. Ni tácita ni expresamente.

Lo cierto es que son las partes, haciendo supuesto de la cuestión, las que parten de la idea contraria. La parte recurrente al afirmar la nulidad de la orden porque supone que ésta pretende ampararse ilegalmente en el *artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores*; y el Abogado del Estado cuando en sus alegaciones mantiene que el *artículo 24 de la orden recurrida sí que se fundamenta en el artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores* en cuanto excepciona las obligaciones de información establecidas en el *artículo 79 bis del mismo texto legal*.

Pero lo cierto es que no existe base jurídica para afirmar que el *artículo 24 de la orden recurrida contiene una regulación que, con fundamento en la excepción establecida en el artículo 79 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y el artículo 19.9 de la Directiva MIFID, desplace la vigencia y aplicabilidad del artículo 79 bis de dicho texto legal* en cuanto regula los deberes de información frente al cliente.

En conclusión, el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, cuando regula la "información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés" lo hace, tal y como expresa la norma literalmente, de modo adicional, es decir, sin excluir el deber de observancia y cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el *artículo 79 bis de la Ley del Mercado de Valores*, a las que no desplaza, sino que se adiciona o agrega.

**CUARTO.-** Como consecuencia de lo expuesto, no es de acoger el planteamiento de las partes, que tanto para fundamentar el recurso como para mantener la oposición al mismo consideran, a juicio de la Sala, erróneamente, que la orden recurrida contraviene o se fundamenta, respectivamente, en la excepción contemplada en el *artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores* y el *artículo 19.9 de la Directiva MIFID*.

No obstante, considerando que según el *artículo 33.1 de la ley jurisdiccional* el orden jurisdiccional contencioso administrativo debe juzgar dentro del límite de las pretensiones formuladas por las partes y también de los motivos que fundamenten el recurso y la oposición, es por lo que, con el fin de dar respuesta a las cuestiones planteadas por la actora y por la demandada, pasaremos a argumentar ahora por qué la orden ministerial recurrida no se ajustaría a derecho si viniera a establecer un régimen jurídico distinto para el cliente de servicios bancarios al que viene establecido por la normativa comunitaria MIFID y en definitiva al previsto en la Ley del Mercado de Valores, en el caso de un producto de inversión que ha sido ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad.

Al efecto, debe recordarse que las permutas de tipos de interés son instrumentos financieros complejos, tal y como resulta de la exclusión contemplada en el *artículo 79 bis a) de la Ley del Mercado de Valores*, en el que se señala que no se considerarán instrumentos financieros no complejos: "ii) los instrumentos financieros señalados en los *apartados 2a 8 del art. 2 de esta Ley*", entre los que se encuentran los swaps, luego, a contrario sensu, hay que entender que son instrumentos complejos, lo que adquiere especial valor con respecto al deber de información al cliente por parte de la entidad financiera contratante.

El *artículo 79 bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores* regula los deberes de información frente al cliente no profesional, incluidos los clientes potenciales.

El Abogado del Estado, sin embargo, mantiene la inaplicabilidad de este régimen jurídico por considerar que se trata de servicios de inversión que forman parte de un producto financiero que ya esté sujeto a otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes para entidades de crédito y para la actividad de crédito al consumo, referentes a la valoración de riesgos de los clientes o a los requisitos de información.

La referida alegación no puede sostenerse, porque no es suficiente una norma nacional interna para excepcionar la aplicación del régimen general de información previsto en el *artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores*, sino que es necesario "legislación de la unión europea y normas europeas comunes" que prevean, establezcan y regulen dicha excepción, tal y como se desprende de los preceptos más arriba citados y de la referida sentencia Tribunal de Justicia, según la cual "el *artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004...* debe interpretarse en el sentido de que... lo dispuesto en la legislación de la Unión y en las normas europeas comunes a las que se refiere dicho precepto debe permitir una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19".

Es decir, la excepción admitida pero simplemente prevista en el *artículo 19, apartado 9, de la Directiva 2004/39/CE*, necesita de otras normas que sean precisamente "legislación de la unión europea y normas europeas

comunes", para que pueda existir el grupo normativo que dé virtualidad aplicativa a aquélla y que permita "una valoración del riesgo de los clientes o establecer requisitos de información que incluyan asimismo el servicio de inversión que forma parte intrínseca del producto financiero de que se trate, para que este servicio deje de estar sujeto a las obligaciones enunciadas en dicho artículo 19", tal y como declara citada sentencia del Tribunal de Justicia.

Pero lo cierto y averiguado es que no tenemos constancia de la existencia en la actualidad de esa legislación comunitaria o de estándares europeos comunes que sean de aplicación a la valoración de riesgos y a los requisitos de información al cliente cuando el derivado financiero se concierta como "parte de un producto" de crédito bancario.

Así pues, es función de referida legislación de la Unión Europea o normas europeas comunes la de dar contenido a la referida excepción.

Pero tal legislación de la Unión Europea o normas europeas comunes no consta que existan.

Las normas que cita el Abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda no pueden considerarse de aplicación al caso: unas por ser normas internas nacionales ajenas a la materia; y otras porque no tienen la naturaleza jurídica y finalidad que el representante de la administración pretende. En efecto; la Directiva 2008/48/CE que cita el Abogado del Estado excluye en su *artículo 2.2 los préstamos hipotecarios y otros muchos de diverso tipo, así como los contratos de crédito celebrados con empresas de inversión en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2004/39/CE*. Y en el único caso en que la Directiva 2008/48/CE cita la *Directiva 2004/39/CE es precisamente para excluir de su ámbito aplicativo (artículo 4.2. h)) los contratos de crédito que menciona [concretamente los swaps a que se refiere la sección C del anexo I de la Directiva 2004/39/CE]*. Y es que lo cierto es que la *Directiva 2008/48/CE se refiere solo a contratos de crédito (véase artículo 1 y la definición que da en el artículo 3 c)*, de modo que las exigencias de información son simples y con escaso nivel de protección al cliente minorista, en calidad e intensidad. Y por otra parte, el Abogado del Estado cita también la recomendación 2001/193/CE, pero ésta se refiere a diversos aspectos de la contratación de préstamos a la vivienda ajenos al caso, y desde luego no se trata de una norma de obligado cumplimiento (se habla de "invitación a los prestamistas") y no trata de valoración de riesgos, etc. No tiene relación jurídica directa con la materia que nos ocupa.

Cuando, como es el caso, no existe ni a nivel comunitario ni nacional ese otro mínimo común normativo [esas "otras disposiciones de la legislación comunitaria o a estándares europeos comunes"] de protección de los clientes para el producto financiero a que se refiere la orden ministerial recurrida, no cabe admitir, como pretende el Abogado del Estado, que sea precisamente una orden ministerial como la aquí impugnada la que determine a qué productos se aplica y a que productos no se aplica referida normativa comunitaria y, en definitiva, la Ley del Mercado de Valores, pues en tal caso referida orden ministerial, sin cobertura jurídica para ello, vendría a establecer un régimen jurídico básico [según la *disposición final cuarta la orden ministerial EHA/2899/2011 se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.6.ª, 11.ª y 13.ª de la constitución española*] y distinto, con vulneración de lo dispuesto en la normativa europea comunitaria y el *artículo 79 bis y quáter de la*

*Ley del Mercado de Valores.*

También para el Abogado del Estado, la *ley 2/2011, de 4 marzo, de economía sostenible en su artículo 29.2*, fundamentaría el contenido del *artículo 24 de la orden ministerial recurrida*. Sin embargo, ello no es así. El objeto de la citada ley no es éste. La *ley 2/2011, de 4 marzo, de economía sostenible en su artículo 29.2*, faculta al Ministro de Economía y Hacienda para que, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de ley, apruebe las normas necesarias para garantizar el adecuado nivel de protección de los usuarios de servicios financieros en sus relaciones con las entidades de crédito, incluyéndose, en todo caso, las medidas relacionadas con la transparencia de las condiciones financieras de los préstamos y créditos hipotecarios y del crédito al consumo. Pero ello, es decir, la habilitación formal conferida por dicha ley al Ministerio de Economía y Hacienda, no le faculta para dictar una orden cuyo contenido desplace y anule el contenido de las previsiones reguladas en la Ley del Mercado de Valores y legislación comunitaria para el tipo de productos financieros que regulan, tal y como resulta de lo expuesto más arriba.

Precisamente por eso el *artículo 24 de la orden ministerial recurrida regulainformación adicional[y nosustitutivade la normativa comunitaria europea y la Ley del Mercado de Valores]* sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés.

En definitiva, la orden ministerial recurrida, no puede ser interpretada de modo que se entienda que su *artículo 24 crea un régimen jurídico "ex novo" posibilitando y amparando el incumplimiento de las obligaciones de información y valoración de riesgos establecida en la normativa MIFID transpuesta en España por la Ley del Mercado de Valores*, pues tal interpretación supondría ignorar las exigencias de la normativa comunitaria y el principio de jerarquía normativa admitiendo que una orden ministerial pudiera oponerse a lo previsto en los *artículos 2.2, 65y 79 bis de dicho texto legal*, lo que de conformidad con lo previsto en el *artículo 62.2 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de régimen jurídico y procedimiento administrativo común, determinaría su nulidad de pleno derecho.

**QUINTO** .- Ahora bien, dado el planteamiento hecho por las partes en el presente recurso, según el cual, tal y como hemos señalado más arriba, es la parte recurrente quien pretende la nulidad de la orden por suponer que desplaza la normativa MIFID y es el Abogado del Estado quien en sus alegaciones afirma y mantiene que el *artículo 24 de la orden recurrida es ajustado a derecho porque para dicho desplazamiento se fundamenta en la excepción del artículo 79 quáter de dicho texto legaly artículo 19.9 de la Directiva MIFID*, dado, como decimos, ese planteamiento de las partes, como quiera que lo cierto es que la orden ministerial impugnada no se fundamenta y no podría jurídica y legítimamente fundamentarse en la excepción referida en el *artículo 79 quáter de la Ley del Mercado de Valores*, por las razones más arriba expresadas, es por lo que este Tribunal ha de concluir la procedencia de dictar esta sentencia interpretativa de la norma impugnada.

Dicha procedencia resulta asimismo de las siguientes consideraciones.

Una sentencia estimatoria supondría, dados los

términos del *artículo 70.2 de la ley jurisdiccional*, no sólo incongruencia con lo declarado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, sino también que este Tribunal no admite que el artículo 24 de la orden ministerial recurrida pueda ser interpretado en un sentido conforme al ordenamiento jurídico.

Una sentencia desestimatoria del recurso, sin matices, supondría, dados los términos del *artículo 70.1 de la ley jurisdiccional*, no sólo incongruencia con lo declarado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia, sino también que este Tribunal pudiera considerar y declarar ajustado al ordenamiento jurídico el artículo 24 de la orden ministerial recurrida según la interpretación hecha por la representación de la administración demandada, lo que no es el caso.

Estamos ante un recurso directo contra un reglamento, con todas las características de los denominados recursos abstractos. Y es precisamente en este ámbito donde pueden tener lugar las denominadas sentencias interpretativas.

El principio de conservación de las normas, fundamentado en su presunción de legalidad, impone el mantenimiento de su contenido en caso de impugnación si es jurídicamente posible una interpretación de la norma cuestionada que sea conforme a derecho.

Véase al efecto *sentencias del Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 2ª, S 16-5-2013, rec. 7119/2005, EDJ 2013/78388 STS Sala 3ª de 16 mayo 2013; Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 3ª, S 4-6-2008, rec. 59/2006, EDJ 2008/90745 STS Sala 3ª de 4 junio 2008; Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 6ª, S 21-12-2005, rec. 4/2003, EDJ 2005/244542 STS Sala 3ª de 21 diciembre 2005; Tribunal Supremo Sala 3ª, sec. 7ª, S 7-10-2002, rec. 579/1998, EDJ 2002/42780 STS Sala 3ª de 7 octubre 2002; EDJ 2005/33723 STS Sala 3ª de 28 febrero 2005; EDJ 2013/68845 STS Sala 3ª de 30 abril 2013; EDJ 2005/207267 STS Sala 3ª de 16 noviembre 2005; sentencia del Tribunal Constitucional 11/1981, de 8 de abril; sentencia 31/2010, de 28 de junio; etcétera.*

**SEXTO.-** Por todo lo expuesto, es lo procedente desestimar el presente recurso interpuesto contra el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, pero siempre que la denominada "información adicional sobre instrumentos de cobertura del riesgo de tipo de interés" que dicho *artículo 24 regula se interprete de modo que no excluya el deber general de cumplimiento de las obligaciones de información previstas en el artículo 79 bis) de la Ley del Mercado de Valores* en los supuestos en que un producto de inversión sea ofrecido como parte o vinculado a un préstamo concedido por la propia entidad, no pudiendo entenderse, por tanto, que el referido *artículo 24 ampare la excepción recogida en el artículo 79 quáter) de la propia Ley del Mercado de Valores.*

**SÉPTIMO.-** No concurren las circunstancias previstas en el *artículo 139 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa* para formular condena en costas, dada la complejidad del asunto y el sentido del fallo tal y como se deduce de los anteriores fundamentos jurídicos.

## **FALLAMOS**

Desestimamos el presente recurso interpuesto por la **ASOCIACION DE AFECTADOS POR PERMUTAS Y DERIVADOS FINANCIEROS "ASUAPEDEFIN** contra el artículo 24 de la orden ministerial EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, ello sin perjuicio de las consideraciones interpretativas contenidas en el fundamento jurídico sexto de esta sentencia

Sin condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO D. EDUARDO MENENDEZ  
REXACH D. FRANCISCO DIAZ FRAILE

D<sup>a</sup>.ISABEL GARCIA GARCIA-BLANCO D. JOSE LUIS TERRERO  
CHACON