

OBLIGACIONES BANCARIAS

Incumplimiento de las normas de conducta

[SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6, núm. 336/2016, de 20 de julio, recurso: 431/2013. Ponente: Ilmo. Sr. D. Francisco de la Peña Elías. Presidente: Ilma. Sra. D^a. Berta Santillan Pedrosa.](#)

Interpretación de las normas de conducta – Causalidad (sinopsis de Fernando Zunzunegui y Paloma Corbal)

Interpretación de las normas de conducta: “Respecto del primero de los incumplimientos (...), la recomendación realizada (...) sin haber realizado la evaluación de idoneidad, es cierto que (...) el transcrito artículo 76.bis.6 de la Ley 24/1988 no establece una forma determinada para el cumplimiento de las obligaciones fijadas en el propio precepto (...). Pero (...) el mismo precepto impone una obligación concreta a la entidad que presta el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras, cual es la de obtener la información necesaria sobre los conocimientos y experiencia del cliente, sobre su situación financiera y sus objetivos de inversión, con la finalidad, dice la Ley, de que " ... *la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan*". Y, en el caso de que la entidad no obtenga dicha información, excluye de manera explícita la recomendación de servicios de inversión o instrumentos financieros al cliente o posible cliente. (...) lo que se sanciona en este supuesto es en realidad que se haya recomendado la inversión sin que conste el cumplimiento de una obligación previa y a la que aparece condicionada esa recomendación -obtener la información a la que se refiere el mismo precepto-, obligación que, ésta sí, recae sobre la entidad, que no puede formular la sugerencia de inversión sin cumplirla y, obviamente, estar en condiciones de acreditarla. (...) Con independencia de si se hicieron o no dichos test, es lo cierto que la recomendación de inversión formulada a esos 106 clientes imponía a la entidad la obligación de estar en situación de acreditar su efectiva realización. No se exige, por ello, al sancionado probar un hecho determinante de la sanción, sino justificar la realización de una conducta -obtención de la información- a la que se condicionaba la recomendación de la inversión. Y al faltar dicha justificación se ha constatado precisamente el incumplimiento que se sanciona (...). En cuanto a los 699 clientes a los que se recomendó la inversión (...) pese a que en el resultado del test de idoneidad habían reflejado un perfil de riesgo moderado o conservador y, por tanto, distinto del perfil dinámico requerido para poder entender que el producto era idóneo para ellos, es lo cierto que, como relata la CNMV, "*el Banco aplicó una evaluación de idoneidad, en forma de test escrito, en el que la respuesta del cliente (...) sobre, precisamente, sus objetivos de inversión (...), no era determinante para establecer el correspondiente perfil de riesgo del cliente con la misma denominación y alcance, dinámico, moderado o conservador, y ello porque -se dice-el Banco ponderaba al 25% aquella respuesta junto a una ponderación del 75% por las tres restantes variables o requisitos (situación financiera, conocimientos y experiencia) para establecer tal perfil, en base a un algoritmo con ponderaciones que en modo alguno contempla la norma*". En definitiva, el Banco reconoce que se apartó de la calificación realizada por el mismo cliente al ponderar, no solo la respuesta de éste, sino también las otras circunstancias indicadas (situación financiera, conocimientos y experiencia) en la proporción indicada, de tal suerte que ello hizo posible que a clientes que se manifestaban como de perfil inversor moderado o conservador en el test del banco, se les recomendara la inversión en un producto clasificado

en la categoría de "producto rojo complejo c-clase III". (...) la referida pregunta número 11 estaba redactada en el test de idoneidad en los siguientes términos: *"Me considero un inversor conservador. Prefiero protección de capital y una rentabilidad segura y no demasiado elevada a una rentabilidad alta pero incierta. Mi inversión se enfoca a cobertura o puro ahorro"*. A juicio de la entidad recurrente, la decisión adoptada por el Banco en este punto no supone una infracción del artículo 79.bis.6) de la Ley 24/1988 atendidos los términos en que está redactado dicho precepto y su concreta actuación, que se situaría dentro de un margen razonable de interpretación de la norma la cual no impone en ningún caso un diseño concreto del test (...), actuando en todo caso con la diligencia que le era exigible al ajustarse a un manual de procedimiento sometido a la propia CNMV en el que advertía de manera expresa que actuaría en el modo en que lo hizo. (...) ignorar la calificación que de su perfil inversor hace el mismo cliente resulta contrario a la lógica del sistema: es evidente que la recomendación de inversión ha de hacerse atendiendo al interés del cliente de acuerdo con su propia manifestación al respecto, que no puede ser sustituida - ni menos claramente contrariada, como ocurre en este caso- por la decisión del Banco. Supone, además, desconocer las previsiones del artículo 72 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, (...) cuando se refiere precisamente (...) al deber de las entidades que presten el servicio de asesoramiento en materia de inversiones o de gestión de carteras de obtener de sus clientes la información necesaria para que puedan comprender los datos esenciales de los mismos fijando como parámetro central de actuación los objetivos de inversión del cliente en cuestión. Es indudable (...) que a los clientes que se identificaban con el perfil definido en la misma la entidad no podía recomendarles la suscripción de las participaciones sin actuar de manera abiertamente contraria al objetivo inversor manifestado por el mismo cliente. No hay, (...) espacio de interpretación posible en ese caso, ni la pretendida indefinición de la norma posibilita una interpretación distinta ante tan categórico pronunciamiento del mismo destinatario de la inversión, al que deben subordinarse el resto de variables a que se refiere la demandante como de necesaria ponderación. Y tampoco obliga a conclusión contraria el que el manual de procedimiento, sometido a la CNMV, habilitara (...) a actuar de ese modo, lo que en modo alguno permitiría contravenir la normativa de aplicación."

Causalidad: "Todo el esfuerzo argumental desplegado (...) por la entidad demandante se dirige a evidenciar que el referido perjuicio para los clientes, elemento determinante de la infracción muy grave, no se produjo en realidad. Y así sostiene que no existió perjuicio patrimonial alguno pues los clientes que suscribieron las participaciones recuperaron su inversión inicial y obtuvieron, durante el período en que fueron titulares de las mismas, la notable rentabilidad propia del producto. Insiste en este sentido en que el perjuicio que cabe exigir para cualificar la infracción ha de ser real y efectivo, no pudiendo admitirse el mero perjuicio potencial o la simple exposición a un riesgo. (...) La valoración de estas alegaciones ha de hacerse partiendo de la circunstancia, (...) de que los suscriptores de las participaciones preferentes nunca debieron serlo en atención al perfil que habían manifestado, de forma tal que estuvieron sometidos a los riesgos de un producto financiero inapropiado. A ello se suma el que la decisión de suscribir las participaciones, propiciada por la recomendación del Banco, impidió que los recursos empleados se asignaran a inversiones más adecuadas a los objetivos inversores del cliente. Por lo demás, la resolución sancionadora expone claramente la existencia de un perjuicio manifestado por el hecho de que, desde su suscripción, y hasta la recompra, dos años y medio después, el valor de la inversión vino experimentando una pérdida relevante por razón de la diferencia entre su nominal y su valor de mercado. (...) En rigor, la entidad demandante no cuestiona estas cifras, ni la prueba solicitada y declarada pertinente en este proceso se ha dirigido a contrastarlas. Se limita a destacar lo arbitrario de las fechas elegidas para determinar tales porcentajes, lo que en modo alguno permite obviar que, en efecto, esas minusvalías existían en las fechas indicadas."

[Texto completo de la sentencia](#)
