

INCENTIVOS

Sanción por incumplir el deber de diligencia y transparencia

[STS, Sala de lo Contencioso, núm. 1571/2017, de 18 de octubre, recurso: 225/2016. Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandres Sánchez-Cruzat. Presidente: Excmo. Sr. Juan Pedro Quintana.](#)

Determinación del alcance de la obligación de comportarse con diligencia y transparencia – Incompatibilidades con estas obligaciones – No cabe alegar incertidumbre normativa (sinopsis de Fernando Zunzunegui e Ignacio Martín).

Determinación del alcance de la obligación de comportarse con diligencia y transparencia: “[...] La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse para la formación de jurisprudencia, consiste en determinar el alcance hermenéutico que ha de darse al artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que dispone que las entidades que prestan servicios de inversión están obligadas a comportarse y actuar «con diligencia y transparencia en interés de sus clientes», en relación con el régimen de incentivos que perciben dichas entidades de gestión de servicios financieros regulado en el artículo 59 del Real Decreto 217/2008. [...] Procede, asimismo, subrayar, que el enjuiciamiento del presente recurso de casación parte de la premisa de que el Tribunal de instancia ha considerado conforme a Derecho la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 21 de mayo de 2014, que, en su parte dispositiva, declara que Banco Banif, S.A. ha incurrido en la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, vigente a partir del 21 de diciembre de 2007 y hasta el 6 de marzo de 2011, por incumplimiento, [...], de lo establecido en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con la vulneración del deber de actuar con transparencia y diligencia y en interés de sus clientes, por haber percibido comisiones que no se ajustan a lo establecido en la letra b) del artículo 59 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión. En este sentido, la sentencia recurrida considera acreditado que la entidad Banco Banif, S.A., que operaba como subdistribuidor de los fondos del Allfunds Bank, percibía de éste, como retribución, una retrocesión de un porcentaje de las comisiones de gestión aplicadas a las IIC de terceras SGIIC, cuyas participaciones eran adquiridas por Banif por cuenta de sus clientes en el contexto de operaciones asesoradas por la entidad o de gestión discrecional de clientes. Se declaró acreditado que «para determinadas IIC extrajeras analizadas, la mayoría de las compras y trasposos de entrada de inversores minoristas en el contexto del asesoramiento financiero [...] se realizaron sobre clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión [...] que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión [...]»; y que «la mayor parte [...] de las posiciones de carteras gestionadas invertidas en IIC extranjeras, lo estaban en las clases de acciones que tenían mayores comisiones de gestión [...] que otras clases de acciones del mismo compartimento que, teniendo importes mínimos de suscripción similares a las clases de acciones comercializadas, soportaban menores comisiones de gestión [...]». [...] Cabe recordar que el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su apartado primero establece, con meridiana claridad y suficiente precisión que «las entidades que presten servicios de inversión deberán comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes, cuidando de tales intereses como si fueran propios, y, en particular, observando

las normas establecidas en este capítulo y en sus disposiciones reglamentarias de desarrollo», teniendo en cuenta que este precepto tiene como principales destinatarios las entidades que operan en los mercados financieros que cuentan con cualificados servicios de asesoramiento jurídico de carácter interno y externo. En el apartado 2 de este precepto legal se especifica que «en concreto, no se considerará que las empresas de servicios de inversión actúan con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, si en relación con la provisión de un servicio de inversión o auxiliar pagan o perciben algún honorario o comisión, o aportan o reciben algún beneficio no monetario que no se ajuste a lo establecido en las disposiciones que desarrollen esta Ley». Por su parte, el artículo 59 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, en su apartado ii) dispone que «el pago de los incentivos deberá aumentar la calidad del servicio prestado al cliente y no podrá entorpecer el cumplimiento de la obligación de la empresa de actuar en el interés óptimo del cliente». Esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo sostiene que dichas disposiciones deben interpretarse en consonancia con el principio de protección óptima del cliente, que constituye uno de los principios esenciales que informan la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, [...]. La obligación de actuar con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, que prevé el artículo 79 de la Ley del Mercado de Valores, debe interpretarse en el sentido de que las entidades que prestan servicios de inversión no pueden aplicar sistemas o modelos de gestión de IIC estandarizados que comporten la percepción de incentivos de terceros por la prestación de servicios de intermediación financiera, que supongan un excesivo sobre coste en comisiones, en cuanto estimamos que entorpezcan o dificulten el cumplimiento de ese deber jurídico [...].”

Incompatibilidades con estas obligaciones: “[...] 1) resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes» prevista en el artículo 79 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que las entidades que prestan servicios de inversión recomienden u ofrezcan a sus clientes inversores minoristas, inversiones en IIC que incorporen condiciones económicas, como las analizadas en este proceso, que objetivamente no sean las más beneficiosas para los mismos, en cuanto que, existiendo otras alternativas similares de inversión con menores costes de gestión, comporta soportar un sobre coste en comisiones que no resulta acorde con el mercado de prestación de servicios de intermediación financiera. 2) también resulta incompatible con la obligación de «comportarse con diligencia y transparencia en interés de sus clientes», establecida en el artículo 79 de la Ley 24/2008, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo dispuesto en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, de 15 de julio, que las entidades que prestan servicios de inversión apliquen un modelo de gestión de carteras estandarizado, en un entorno de arquitectura abierta o cerrada, que no comporte un incremento sustancial de las expectativas de rentabilidad ni una reducción del riesgo de pérdidas, que conlleve que las entidades de inversión perciban incentivos por la comercialización de IIC de otras entidades financieras que generan ingresos superiores a los estándares normales devengados en la prestación de los servicios de intermediación, y que -como en el supuesto acreditado en este proceso- no redunden en una mejora de la calidad del servicio, cuando previamente no se haya informado y asesorado de forma personalizada y concreta y, por tanto, no genérica, al cliente sobre las características y el tipo de inversión [...]”.

No cabe alegar incertidumbre normativa: “[...] En efecto, esta Sala no considera convincente el argumento formulado por la defensa letrada de la mercantil recurrente, respecto de que el Tribunal de instancia debió ponderar la incidencia que la posible falta de concreción del deber de actuar con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, puede tener para determinar las consecuencias sancionadoras asociadas a dicho incumplimiento. Sostenemos, al respecto, que, tal como se razona en la sentencia impugnada, con rigor y solidez jurídica, no puede alegarse «incertidumbre normativa», ante una conducta consistente en canalizar las inversiones en IIC de los clientes a aquellos que «mayoritariamente» resulten más beneficiosas para la entidad financiera y que ocasionaban perjuicio económicos a los clientes, al deber soportar sobrecostes en comisiones excesivos, en relación con otras alternativas de inversión equiparables, en cuanto a las expectativas de rentabilidad económica. Por ello, estimamos que la pretensión de que se revoque el pronunciamiento del Tribunal de instancia, por no apreciar la ausencia de culpabilidad, debido a la inconcreción e

indeterminación de las obligaciones contenidas en el artículo 79 de la Ley del Mercado de valores y en el artículo 59 b) ii) del Real Decreto 217/2008, cuya definición se realiza mediante conceptos jurídicos indeterminados, carece de fundamento. Como se afirma en la sentencia recurrida, la entidad sancionada disponía de los medios adecuados para detectar que el diseño y aplicación del modelo de gestión de inversiones en IIC extranjeras no era el más beneficioso, por el sistema de incentivos establecido, para los intereses de sus clientes [...].”

[Texto completo de la sentencia](#)
