

Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 29 Nov. 2023, Rec. 2408/2021

Ponente: Sánchez Cordero, María Alicia.

Nº de Recurso: 2408/2021

Jurisdicción: CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

ECLI: ES:AN:2023:6435

73 min

La AN confirma la sanción de 6 millones de euros al BBVA por incumplir el Código de Buenas Prácticas

FALTAS Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS. Banca. Incumplimiento de la previsión de aplicar del Código de Buenas Prácticas, anexo al RDL 6/2012. La finalidad de la norma es ofrecer protección urgente al deudor hipotecario en situación de exclusión, siendo de obligada aplicación las previsiones de CBP, una vez adherida la entidad, "en cuanto" se acredite por el deudor hipotecario su situación dentro del umbral de exclusión definido por el citado RDL. No consta ni que esa información se les diera por escrito, ni que se les diera en plazo, ni con la amplitud y el detalle que exige la norma. La tipificación de la obligación de información de la "posibilidad de acogerse" no puede limitarse a la información inicial sobre el contenido del CBP, sino que incluye, consecuentemente, la información adecuada sobre todo el proceso hasta lograr obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria. Infracción continuada. Inexistente vulneración de los principios de tipicidad y legalidad sancionadora, tutela judicial efectiva. Proporcionalidad de la sanción. La Audiencia Nacional desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, SA, contra la resolución de la Subsecretaría de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España, que impuso a la entidad sanción de multa por incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 4 y 9 del art. 5 RDL 6/2012 de 9 Mar., de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

TEXTO

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN QUINTA

Núm. de Recurso: 0002408 /2021

Tipo de Recurso:PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General:18610/2021

Demandante:BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A (BBVA)

Procurador:SR. JABARDO MARGARETO, ESTEBAN

Demandado:MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL

Codemandado:BANCO DE ESPAÑA

Abogado Del Estado

Ponente Ilma. Sra.: D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

SENTENCIA N^o :

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSÉ LUIS GIL IBÁÑEZ

Ilmos. Sres. Magistrados:

D^a. ALICIA SANCHEZ CORDERO

D^a. FATIMA BLANCA DE LA CRUZ MERA

D. EDUARDO HINOJOSA MARTINEZ

Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil veintitrés.

Esta Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha visto el recurso contencioso-administrativo número 2408/2021 promovido por el procurador de los tribunales, D. Esteban Jabardo Margareto - sustituido por el procurador D. Ignacio López Chocarro- en nombre y representación de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, (BBVA)** bajo la dirección letrada de D^a. Esperanza Noreña Ochaita, contra la resolución de 16 de julio de 2021, dictada por la Subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España, de 26 de octubre de 2020, por la que se impuso a la entidad sanción de multa por incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 4 y 9 del artículo 5 del Real Decreto 6/2012 de 9

de marzo (LA LEY 4594/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y asistida por la Abogada del Estado, y el Banco de España, representado por el procurador de los tribunales D. Jaime Briones Méndez, bajo la dirección letrada de D.^a Nuria Rodríguez Gregorio, letrada del Banco de España.

Es ponente la Ilma. Sra. Magistrada **D^a. Alicia Sánchez Cordero.**

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 29 de julio de 2019, la Comisión Ejecutiva del Banco de España acordó incoar expediente sancionador al Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA (en adelante BBVA) a fin de proceder al esclarecimiento de los hechos por incumplimiento del [Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en lo relativo al correcta aplicación de las medidas del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual.

El expediente finalizó por resolución de 26 de octubre de 2020, por la que se acordó imponer a BBVA dos sanciones: una multa de 4.000.000 € por comisión de una infracción grave del art. 5.9, y una multa de 2.000.000 € por la comisión de una infracción grave del [art. 5.4, ambos del RDL 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, referidas a la debida aplicación del Código de Buenas Prácticas.

Interpuesto recurso de alzada, recayó resolución de 16 de julio de 2021, de la Ministra de Economía y Empresa, dictada por delegación por la Subsecretaria de Economía y Empresa, que desestima dicho recurso.

SEGUNDO. - Interpuesto recurso contencioso-administrativo y turnado a esta Sección, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente, para, una vez recibido, emplazar a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que cumplimentó en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando: «dicte *sentencia en la que*:

1º. Declare la nulidad de pleno derecho de las resoluciones impugnada conforme al art. 47.1.a) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas (LA LEY 15010/2015)(por lesión de derechos susceptibles de amparo constitucional), por las razones y con el fundamento que sigue:

a. Por infracción del principio constitucional de legalidad sancionadora (art. 25 CE (LA LEY 2500/1978)) al haber sancionado la Administración a BBVA por el incumplimiento de supuestos deberes jurídicos que, sin embargo, no habían sido establecidos normativamente y realizado una interpretación extensiva (cuando no directamente correctora) de las normas aplicables.

b. Por lesión del derecho constitucional a la defensa (art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)) al haber introducido la Administración la categoría punitiva de la infracción continuada en fase de actuaciones complementarias y en unas circunstancias procedimentales que han comportado una obvia limitación de los derechos a conocer la acusación, contradicción, defensa y prueba.

c. Por lesión del derecho constitucional a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24 CE (LA LEY 2500/1978)) dado que esa introducción de la continuidad infractora ha impedido el debate sobre la efectiva concurrencia de dolo o la culpa y la presentación de consiguiente prueba de sus hechos determinantes.

d. Por lesión de ese mismo derecho fundamental a la prueba (art. 24 CE (LA LEY 2500/1978)) en la medida en la que la Administración ha sancionado a BBVA por no haber acreditado documentalmente el cumplimiento de supuestos deberes jurídicos creados por ella misma y que no estaban contenidos en las normas aplicables. Esta contravención comporta adicionalmente infracción de las normas reguladoras de la prueba, irracionalidad y arbitrariedad administrativas.

2º. Subsidiariamente anule, por concurrir en dichas resoluciones motivos de nulidad relativa previstos en el art. 48 de dicha Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015), y en concreto:

a. Por la incursión en defectos de forma o trámite productores de indefensión al no haberse permitido, tras el cambio sustancial que experimentó el objeto del procedimiento al haber acreditado BBVA (a través de las Cartas de Confirmación) el cumplimiento efectivo de buena parte de los deberes jurídicos cuyo incumplimiento se le reprochaba, una nueva propuesta de resolución que permitiera a la expedientada conocer los reproches subsistentes y, en su caso, reconocerlos o proceder al pronto pago con las correlativas reducciones de las multas.

b. Por infracción del art. 29.6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LA LEY 15011/2015) y de la jurisprudencia aplicable a esta categoría al no concurrir sus elementos (ejecución de un plan preconcebido o aprovechamiento de idéntica ocasión) definitorios y por la imposibilidad de que aplicarla a las infracciones no dolosas.

c. Por infracción del art. 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LA LEY 15011/2015) y la jurisprudencia en la medida en la que se estima que las supuestas infracciones cometidas son imprescriptibles o se vincula su prescripción a una continuidad infractora que resulta inaplicable en el presente caso.

d. Por infracción del art. 89.1.c) de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) ya que este precepto contiene un mandato de archivo de las actuaciones del procedimiento sancionador salvo que conste "de modo manifiesto" (cosa que aquí en absoluto ha ocurrido) la existencia de infracción. Dicha contravención del art. 89.1.c) se relaciona además con una lesión adicional del derecho a la presunción de inocencia constitucionalmente garantizado (art. 24 CE (LA LEY 2500/1978)) en la medida en la que, para imponer una sanción, no sólo debe contarse con prueba lícitamente obtenida sino que adicionalmente esa prueba debe ser "racionalmente bastante".

e. Por infracción del principio de proporcionalidad constitucional y legalmente exigible.

f. Por error de hecho en la apreciación de las pruebas, improcedente inversión de la carga de la prueba e inaplicación del principio *in dubio pro reo*.»

Dado traslado a la Abogada del Estado para que contestara la demanda, así lo hizo en un escrito en el que, tras consignar los hechos y los fundamentos de derecho que estimó convenientes, terminó suplicando se «dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente».

La representación del Banco de España contestó igualmente a la demanda, en un escrito en el que, tras exponer los hechos y los fundamentos de derechos que consideró procedentes, suplicó se «acuerde la desestimación del recurso contencioso-administrativo y confirme la Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de fecha 16 de julio de 2021 y, con ello, la Resolución del Consejo de Gobierno de Banco de España de fecha 26 de octubre 2020».

TERCERO.- No habiendo recibido el proceso a prueba al no haber ninguna que practicar, teniendo por admitidos los documentos acompañados con la demanda, se dio traslado para conclusiones escritas, que formularon por su orden ratificándose en sus respectivas pretensiones, tras lo que quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó el 28 de noviembre de 2023, en el que así ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida

El recurso contencioso-administrativo se dirige contra la resolución de 6 de julio de 2021, de la Subsecretaria de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que desestimó el recurso de alzada deducido contra la resolución de 26 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno del Banco de España, por la que se acordó imponer a BBVA sendas sanciones pecuniarias por infracciones graves, tipificadas ambas en el [artículo 15 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), por incumplimiento de las obligaciones que incumben a ésta en virtud de lo dispuesto por los artículos 5.9 y 5.4 del [Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, en relación con el Código de Buenas Prácticas (CBP) anexo a dicho Real Decreto-Ley.

Al efecto, dispone el [artículo 5.4 del RDL 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios: *« Desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas. Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas. Los costes de dicha formalización correrán a cargo de la parte que la solicite.»*

A su vez, el apartado 9 de dicho artículo 5 establece: *« Las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas habrán de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código. Esta información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas. En particular, las entidades adheridas deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una*

descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria».

Por último, el artículo 15, respecto al régimen sancionador, dispone que « Lo previsto en los apartados 4, 7 y 9 del artículo 5 y en el artículo 6.5 tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la [Ley 10/2014, de 26 de junio \(LA LEY 10274/2014\)](#), de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito, y el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos se considerará infracción grave, que se sancionará de acuerdo con lo establecido en dicha ley.»

En relación al incumplimiento del [artículo 5.4 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), sobre el muestreo de expedientes realizado, se imputaron cuatro tipos de incumplimientos: (a) por la no notificación y ofrecimiento de un plan de reestructuración; (b) de la obligación de aplicar las medidas desde el momento en el que el deudor acredita el umbral de exclusión; (c) por la incorrecta aplicación del plazo de amortización; (d) por imposición de condiciones más gravosas a las previstas en el CBP.

Respecto a la obligación de informar los clientes sobre la posibilidad de adherirse al CBP, del [artículo 5.9 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), se consideró que no informó adecuadamente por escrito a los clientes sobre el contenido del CBP y la posibilidad de acogerse a él cuando surgieron las dificultades de pago o cuando se produjo el impago de alguna cuota hipotecaria, distinguiendo: (a) la obligación de informar sobre la existencia y contenido del CBP; (b) la obligación de informar durante la tramitación de la solicitud de aplicación del CBP; y (c) la obligación de informar sobre los motivos de la denegación de las medidas previstas en el CBP.

Los hechos se tipifican como dos infracciones graves del [artículo 15 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), y se imponen dos sanciones de multa por importe de 2.000.000 euros y 4.000.000 respectivamente, previstas en el [artículo 98.1, letra b\) de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de Ordenación, Supervisión y Solvencia de Entidades de Crédito \(LA LEY 10274/2014\)](#), acudiendo al criterio del volumen neto de negocio.

SEGUNDO.- Antecedentes sobre la adhesión al Código de Buenas Prácticas.

Dado lo extenso de las alegaciones de la demanda -y por lo que se piden disculpas al tribunal- vamos a ir examinando punto por punto cada uno de los motivos de impugnación, que la demanda centra principalmente sobre dos cuestiones:

(i) La extensión de las presuntas obligaciones impuestas por el [artículo 5, apartados 9 y 4 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), que, para el BBVA, objetivamente, no amparan de forma expresa una serie de obligaciones que, sin embargo, para el Banco de España son exigibles y punibles.

(ii) La prueba (o falta de ella) del cumplimiento de las presuntas obligaciones impuestas por los artículos 5.9 y 5.4 del [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), según la interpretación que de la extensión de las mismas hace el Banco de España y las conclusiones que se pueden extraer de ello.

Con carácter general, el [Real Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, motiva su extraordinaria y urgente necesidad en que la adopción de las medidas contempladas en el mismo resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis. Los efectos del desempleo sobre las familias españolas y su situación social han producido un deterioro, sobre el que la intervención pública no puede demorarse más. Es por ello por lo que la adopción de tales medidas exige acudir al procedimiento del real decreto-ley, cumpliéndose los requisitos del [artículo 86 de la Constitución Española \(LA LEY 2500/1978\)](#) en cuanto a su extraordinaria y urgente necesidad.

Incluye en el Anexo un Código de Buenas Prácticas bancarias, señalando el artículo 5.1 de la norma que el mismo será de adhesión voluntaria por parte de las entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios.

El Real Decreto-Ley entró en vigor el 11 de marzo de 2012. El BBVA se adhirió al Código de Buenas Prácticas, desde la entrada en vigor de la versión de este resultante de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, que lo ratificó, y a la versión del CBP resultante del [Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero \(LA LEY 2841/2015\)](#), de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

La adhesión voluntaria de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas conlleva su sujeción a este sistema en relación a sus clientes. Con ello surge un derecho para los prestatarios que cumplan los requisitos contenidos en el cuerpo del Real Decreto-Ley, a instar de la entidad de crédito las medidas previstas en el anexo, *« Sin perjuicio del control del cumplimiento del Código de Buenas Prácticas previsto en el [art. 6 del RDL 6/2012, de 9 de marzo \(LA LEY 4108/2012\)](#), y de las reclamaciones que pudieran presentarse ante el Banco de España, la adhesión por parte de las entidades de crédito*

a dicho Código comporta además que el cumplimiento de algunas de las obligaciones asumidas pueda ser reclamado judicialmente por los prestatarios, siempre que se cumplan los requisitos previstos en la Ley. Es por ello que si el banco desatiende una solicitud de reestructuración de deuda por causas ajenas a las que legalmente podrían justificarlo, puede ser demandado judicialmente por el prestatario para que sea condenado a conceder esta reestructuración.» « Sentencia número 410/2019, de 9 de julio, de la Sección 1ª de la Sala Primera de lo Civil del [Tribunal Supremo \(recurso de casación número 607/2017 \(LA LEY 100699/2019\)\)](#)».

«Como se desprende de la exposición de motivos, la instauración de este «modelo de protección diseñado», que gira en torno a la elaboración de un Código de buenas prácticas al que voluntariamente se adhieren las entidades de crédito, viene determinado por los efectos que la crisis económica estaba ocasionando sobre los deudores hipotecarios sin recursos (en umbrales de exclusión), para evitar en la medida de lo posible la pérdida de la vivienda para cuya adquisición recabaron el préstamo e hipotecaron el inmueble. Y así se hace referencia al incremento de los procesos de ejecución hipotecaria. De tal forma que las medidas de protección lo son respecto de la vivienda hipotecada, que acaba perdiéndose con la consumación de la ejecución. Bajo esta lógica, lo esencial no es tanto que el contrato de préstamo o crédito hipotecario estuviera vigente cuando entró en vigor la norma, sino que, a tenor de la regulación de las propias medidas, el hipotecante todavía estuviera a tiempo de acogerse a alguna de ellas. [...] Otro de los requisitos exigidos por el art. 2 para la aplicación de las medidas de protección contenidas en el Código es que el deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión. Umbral que se define en el artículo 3. « Sentencia número 187/2018, de la Sala de lo Civil del [Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2018 \(recurso de casación 2437/2015 \(LA LEY 25497/2018\)\)](#)».

Según expone la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, [de 27 de enero de 2022 \(casación 675/2020 \(LA LEY 3821/2022\)\)](#), el citado RDL tiene por objeto, de acuerdo con su artículo 1, establecer medidas que permitan la reestructuración de la deuda hipotecaria y mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria, de aquellos deudores que se encuentren situados en lo que el artículo 3 del RDL define como umbral de exclusión, delimitado en atención al conjunto de ingresos de la unidad familiar y otros parámetros determinados en el indicado precepto.

Las medidas de que se trata son las previstas en el Código de Buenas Prácticas (CBP) que se incluye en el Anexo del [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), que serán aplicables en los supuestos de deudores hipotecarios que, atendido el conjunto de ingresos de los

miembros de la unidad familiar, acrediten encontrarse en el umbral de exclusión que delimita el artículo 3.1 del RDL, en relación con hipotecas constituidas en garantía de préstamos o créditos para la adquisición de inmuebles que no excedan de los valores que establece el [artículo 5.2 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#).

El CBP contempla tres tipos de medidas: i) medidas previas a la ejecución hipotecaria (la reestructuración de deudas hipotecarias), ii) medidas complementarias (quita en el capital pendiente de amortización) y iii) medidas sustitutivas de la ejecución hipotecaria (dación en pago de la vivienda habitual).

El presente recurso se refiere a la obligación del BBVA, como entidad de crédito adherida al CBP, de información adecuada a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código, y a la aplicación de las medidas previas a la ejecución hipotecaria de reestructuración de la deuda hipotecaria, en el periodo analizado por el Banco de España, entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017.

TERCERO.- Infracción de los principios de legalidad y tipicidad

El reproche principal es la infracción de estos principios en cuanto a:

- (i) La extensión de las presuntas obligaciones impuestas por el artículo 5.9 y 5.4 del [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), y presuntos incumplimientos
- (ii) Análisis crítico del [artículo 15 del Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) por infringir los estándares constitucionales trazados en relación a los tipos punitivos abiertos y a las normas sancionadoras en blanco.

Procede analizar por separado ambos reproches, distinguiendo, a su vez, cada uno de los preceptos que se dicen infringidos, y cada una de las transgresiones que se denuncian.

CUARTO.- *Extensión de los incumplimientos atribuidos a cada una de las infracciones castigadas. Planteamiento*

Sobre el primer reproche, lo que niega el BBVA es la existencia de obligaciones sancionables con relación a cada uno de los incumplimientos que el Banco de España desglosa de cada uno de los apartados 4 y 9 del artículo 5 del Real Decreto 6/2012.

De entrada, frente a la totalidad de los expedientes iniciales en los que se apreciaron incumplimientos, tras las alegaciones y pruebas aportadas por el BBVA, en concreto (i) las cartas de notificación o de reclamación de deuda; (ii) los listados de notificaciones; (iii) los accesos de los clientes en la página web; (iv) las solicitudes de clientes de

adhesión al CBP y (v) las cartas confirmatorias; la resolución sancionadora reduce el número de expedientes con irregularidades.

Tal y como alega el Banco de España en su contestación a la demanda, *la mayoría de las discrepancias de la demanda son de índole jurídica, interpretativa, no de índole fáctica*. Sobre la prueba de la documentación aportada se examina en un fundamento de derecho aparte.

Mantiene el BBVA que el Banco de España hace una interpretación extensiva de los artículos 5.9 y 5.4, que, además, no se conoció hasta el propio expediente, es decir, muchos años después de la adhesión de BBVA al CBP en 2012, ya que el Banco de España en ningún momento trasladó a las entidades todos estos criterios interpretativos.

En materia de tipificación de infracciones, dijimos en la [sentencia de esta Sala y Sección de 13 de febrero de 2019 \(recurso 356/2017-\) \(LA LEY 10746/2019\)](#), reiterado en otras muchas, que *«el mandato de tipificación se desenvuelve en dos fases: en primer lugar, en la fase normativa, siendo exigible que una norma describa los elementos esenciales de un hecho sin cuyo incumplimiento no puede haber calificación de infracción; en segundo lugar, en la fase de aplicación de la norma, requiriéndose que el hecho concreto imputado al autor se corresponda con el descrito previamente en la norma»*, añadiéndose con respecto a esta segunda fase, que, *«como es obvio, resulta materialmente imposible descubrir en la norma con absoluta precisión los hechos declarados infracción, por lo que, con frecuencia, la correlación no es exacta, por exceso, por defecto o por alteración de elementos, pero únicamente si falta algún elemento esencial del tipo sería improcedente reconocer que el hecho específicamente imputado al autor se corresponde con el delimitado previamente en la norma»*.

También dijimos en la sentencia de 15 de septiembre de 2021 (recurso 642/2020 (LA LEY 334097/2021)) que de la doctrina constitucional sobre el principio de legalidad sancionadora en su doble vertiente formal y material, sintetizada en las [SSTC 145/2013, de 11 de julio \(LA LEY 97676/2013\)](#) y 218/2013, de 19 de diciembre (LA LEY 208501/2013), a las que se refiere la [86/2017, de 4 de julio \(LA LEY 89019/2017\)](#), que *«La garantía material del derecho a la legalidad penal supone, por otra parte, "la exigencia de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, de esta manera, las consecuencias de sus acciones (SSTC 242/2005, de 10 de octubre (LA LEY 196748/2005), FJ 2 ;162/2008, de 15 de diciembre (LA LEY 189334/2008), FJ*

1 ;81/2009, de 23 de marzo (LA LEY 14335/2009), FJ 4 , y135/2010, de 2 de diciembre (LA LEY 213834/2010), FJ 4)" (STC 145/2013, de 11 de julio (LA LEY 97676/2013), FJ 4) sin que quepan "formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador". En relación con las infracciones y las sanciones administrativas, el principio de taxatividad se dirige, por un lado "al legislador y al poder reglamentario", exigiéndoles el "máximo esfuerzo posible" para garantizar la seguridad jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados "aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE (LA LEY 2500/1978) se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia"».

Afecta, por otro lado, a los aplicadores del Derecho administrativo sancionador, obligándoles a atenerse, no ya al canon de interdicción de arbitrariedad, error patente o manifiesta irrazonabilidad derivado del artículo 24 CE (LA LEY 2500/1978), sino a un canon más estricto de razonabilidad, lo que es determinante en los casos en que la frontera que demarca la norma sancionadora es borrosa por su carácter abstracto o por la propia vaguedad y versatilidad del lenguaje (SSTC 297/2005 , de 21 de noviembre (LA LEY 107/2006), FJ 8, y 145/2013 (LA LEY 97676/2013) , FJ 4).

En este caso, los artículos 5.4 y 5.9 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012), por disposición del artículo 15 del mismo texto legal, integran el tipo infractor de infracción grave conforme a la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LA LEY 10274/2014).

Como expusimos en la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (recurso 207/2018 (LA LEY 145198/2019)), confirmada por el Tribunal Supremo, el artículo 15 se añade por el artículo 8.7 de la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social (LA LEY 7255/2013). Es la Ley la que determina como infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los artículos 5.4, 5.9 y 6.5. Esta misma Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) es la que da nueva redacción a estos preceptos, a los que considera normas de «ordenación y disciplina de las entidades de crédito».

Se cumplen, por tanto, las garantías de predeterminación normativa por Ley, que exige el principio de legalidad sancionadora, al fijar la Ley las concretas conductas cuyo incumplimiento se considera infracción grave.

QUINTO.- Incumplimientos del artículo 5.9 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012)

Siguiendo el orden de la demanda, *el artículo 5.9 tipifica como infracción grave la obligación de las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas de informar adecuadamente a sus clientes sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código, añadiendo que la información habrá de facilitarse especialmente en su red comercial de oficinas, y que deberán comunicar por escrito la existencia de este Código, con una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él para aquellos clientes que hayan incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria.*

El Banco de España consideró acreditado que:

1º) En 73 expedientes, que representan un 45,06% de los 162 expedientes analizados en las distintas submuestras comprobadas por la Inspección, *no consta que la entidad haya informado adecuadamente a sus clientes respecto de la existencia y contenido del CBP* (en 66 expedientes la entidad informó, pero de forma extemporánea; en 5 expedientes no consta que la información fuese la adecuada; y en 2 expedientes no consta que la entidad informase al cliente).

2º) En 2 expedientes, que representan un 3,17% de los 63 expedientes de la muestra en los que hubo denegación o que estaban "pendientes de resolver", no consta que, durante la tramitación del expediente, la entidad haya solicitado a su cliente la documentación faltante para el estudio de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP.

3º) En 3 expedientes, que representan un 5,76% de los 52 expedientes de la muestra en los que se denegó la solicitud, *no consta que BBVA comunicase a los prestatarios la citada denegación de las medidas del CBP*; y en 6 expedientes, que representan un 13,04% de los 46 expedientes de la muestra en los que consta haberse comunicado la denegación, *la información proporcionada por la entidad a sus clientes no es lo suficientemente detallada como para permitir que éstos conozcan o identifiquen las concretas causas por las que se deniega su solicitud o el medio por el que sería posible subsanarla, en su caso.*

Discute la demandante, en primer lugar, que la literalidad del precepto acoja la obligación de dejar constancia por medio de prueba documental de cada paso que se daba informando a los clientes, documentos que debería custodiar BBVA en los que conste el recibí, el conforme o la solicitud concreta del cliente, como única prueba del cumplimiento por BBVA del CBP. Cuestiona si el hecho de que BBVA no haya acreditado en menos de un 1% de la Muestra que hubiera cumplido con sus presuntas obligaciones informativas, es revelador de un incumplimiento, o más bien de lo

contrario, es decir, de que (i) BBVA cumplía y, aun no siendo legalmente exigible acreditar dicho cumplimiento, lo ha acreditado en más del 99% de casos y que (ii) el resto de casos simplemente son casos en los que no hay constancia del cumplimiento de una obligación discutible.

Llama la atención que en la demanda se razona que de la STS de 22 de enero de 2022- antes referida- podría deducirse que está validando la bondad del recurso a la interpretación finalística (ahora el objetivo tuitivo de la norma) para, a partir de él incluir, como conductas prohibidas y por ende sancionables, todas y cada una de aquellas que de alguna manera pudieran obstaculizar o dificultar la consecución de los fines perseguidos. Sin embargo, en opinión de BBVA esa interpretación no puede sostenerse y, se circunscribe al estricto redactado del concreto deber jurídico contenido en el artículo 5.4 del Decreto Ley 6/2012 y añade: *« Para el caso de que no fuera así, y que además el presente recurso fuera desestimado por los otros motivos, esta representación solicitaría respetuosamente del Alto Tribunal la reconsideración de su doctrina por las cumplidas razones que en aquel momento quedarían explicitadas pero que en estos momentos nos parecen evidentes».*

La obligación de información que deriva del anterior precepto supone la información individualiza, y por escrito, a los clientes reclamantes de la existencia y contenido del Código, así como de las posibilidades de acogerse al mismo. (sentencia de esta Sección de 27 de febrero de 2019 (recurso 753/2017 (LA LEY 30810/2019)); información que debe contener una descripción concreta de su contenido, y la posibilidad de acogerse a él cada cliente que haya incumplido el pago de alguna cuota hipotecaria o manifieste dificultades de pago; la comunicación por escrito al cliente no puede verse sustituida con publicaciones y documentos informativos, sino « en particular» -dice el precepto- mediante una comunicación escrita y concreta, adecuada e individual a cada cliente que manifieste dichas dificultades.

La resolución que resuelve el recurso de alzada incide en que no basta con proporcionar al cliente un formulario estándar sobre la existencia del CBP, ni con remitirle sin más a las oficinas de la entidad, ni con poner a disposición de los clientes determinada información general en la parte pública o privada de la web de la entidad, sino que *es necesario facilitar información adecuada y concreta que se adapte a la situación del cliente en cuestión.*

Esto es, el propio CBP, en el apartado 5 referido a la publicidad del Código, establece que las entidades garantizarán la máxima difusión del contenido del Código de Buenas

Prácticas, informando adecuadamente a todos los clientes titulares de préstamos hipotecarios sobre la existencia de este Código y la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en él, mediante una comunicación individualizada y específica [...] facilitando un teléfono y una dirección de correo electrónico donde responder a dudas y recibir las solicitudes de los clientes. Además, se facilitará información sobre las medidas en un lugar destacado de su sitio web y a través de su red comercial de oficinas.

Aparte de dicha garantía de publicidad que establece el CBP, de comunicar o informar a todos los clientes de tal adhesión, que es a la que se refiere la demanda, *el artículo 5.9 establece una obligación expresa y directa a las « entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas » que consiste en informar adecuadamente, a los deudores hipotecarios sin recursos, sobre la posibilidad individual de acogerse a lo dispuesto en el Código, cuando presenten dificultades de pago.*

La constancia de la información sobre tal posibilidad concreta y adecuada a sus clientes es una cuestión de prueba, no de tipicidad. No es el tipo infractor el que exige la constancia documental de la información precisa o adecuada, sino que es el modo de acreditar el conocimiento del cliente en riesgo de exclusión del contenido del CBP, y que puede acogerse a él, y que la entidad bancaria ha proporcionado tal información a sus clientes. En otras palabras, no se sanciona por incumplir una obligación de guardar el recibí, el comprobante de la solicitud, sino que es la manera de justificar que se ha dado la información a cada cliente.

Precisamente, si el BBVA ha acreditado el cumplimiento en el 99% de casos, quiere decirse que era consciente de solicitar y guardar dicha constancia documental.

Objeta el Banco de España en la contestación a la demanda que *« la propia Entidad consideraba necesario guardar prueba documental del cumplimiento de esta obligación pues (i) en los Documentos Volandera se indicaba que había que recabar el recibí del Documento Informativo por escrito y (ii) sus propios informes de auditoría interna de 2 de diciembre de 2015 y de 23 de diciembre de 2016, advertían de las deficiencias detectadas sobre esta cuestión indicándose en el último de ellos que el 45% de expedientes de la muestra seguía careciendo de evidencias de haber informado a los clientes sobre el [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) o que en un número relevante de expedientes no constaba el documento informativo con el recibí de cliente o la fecha (vid. folio 91 a 93 del EA).»*

Efectivamente, en esos documentos volandera que BBVA entregaba a las oficinas, se lee: *« Ante cualquier manifestación por parte del Cliente de tener dificultades para*

atender con normalidad el pago de las cuotas de su préstamo hipotecario (el cliente puede estar al corriente en el pago, inversión irregular o en mora de cualquier producto siempre que sea un cliente con hipoteca con garantía primera vivienda), debe ser informado de la existencia del Real Decreto Ley y de la posibilidad de acogerse a las medidas contempladas en el mismo.

*La Oficina le entregará el «Documento Informativo» sobre el Real Decreto Ley, en el que figuran todos los requisitos y documentos necesarios para acreditarlos, **debiendo recoger recibí del documento.** ».*

El BBVA era consciente de que debía exigir un recibí, así lo ha aportado en muchos de los expedientes del muestreo, pero, cuando no ha podido entregarlo, niega la tipificación de la obligación pretendiendo una interpretación contraria a su exigencia, cuando lo razonable es interpretar que no ha podido justificarlo, no que no consta que haya incumplido, como pretende.

Asimismo, también se considera que la información « sobre la posibilidad de acogerse a lo dispuesto en el Código» se incumple si la entidad no informa de la denegación de su solicitud y sus motivos o no solicita a su cliente la documentación faltante para el estudio de la solicitud de aplicación de las medidas del CBP. El BBVA niega la tipificación de estas obligaciones, si bien, debe aclararse que no se le imputa como infracción grave por tal omisión, sino que la misma es el resultado de la suma de incumplimientos. Y lo mismo respecto de la constancia de solicitar la información que le faltaba al cliente: en el 97% de casos analizados, el Banco de España ha encontrado constancia de que BBVA procuraba esta información a sus clientes, por lo que, como en el 3% restante no hay constancia documental, el Banco de España concluye que se incumplió.

De cualquier modo, no parece ajeno a la obligación de información de la posibilidad de acogerse al CBP, que el BBVA no informe al cliente deudor hipotecario solicitante de una reestructuración de su deuda de su situación particular para que subsane la documentación o los motivos por los que no puede acogerse a dicha solicitud. El apartado 1 del CBP que figura en el anexo del [Real Decreto-ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) indica que los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación « *podrán solicitar y obtener*» de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. *La tipificación de la obligación de información de la « posibilidad de acogerse» no puede limitarse a la información inicial sobre el contenido del CBP, sino que incluye, consecuentemente, la*

información adecuada sobre todo el proceso hasta lograr obtener de la entidad acreedora la reestructuración de su deuda hipotecaria.

También cuestiona la recurrente la obligación de informar sobre el CBP a los clientes en un plazo máximo de 2 meses desde que hayan incumplido un pago de su préstamo hipotecario o mostrado dificultades para ello, ya que el artículo 5.9 no establece ningún plazo, Denuncia que el Banco de España hace una interpretación extensiva que la norma no contempla, y solo exige « *comunicar por escrito la existencia de este Código*», exigencia que se cumple con la publicación en los tablones de anuncios en las oficinas, en la página web, en las cartas de notificación y con los Documentos Informativos entregados en las oficinas.

Así y todo, es cierto que el tipo infractor no establece un plazo para el cumplimiento de la obligación de informar sobre el CBP, siendo el Banco de España el que ha establecido un plazo prudencial de dos meses para que se informe al cliente desde que manifiesta dificultades en el pago, plazo que es más beneficioso para la entidad que si se hubiera exigido el cumplimiento de la obligación desde dicho momento.

Dicho esto, *no se considera infracción porque hayan transcurrido dos meses, sino por no informar cuando surjan las « dificultades en el pago de su deuda hipotecaria ».* Como elocuentemente dice el Banco de España en su contestación « *si la Entidad tenía capacidad de reaccionar ante el primer impago remitiendo la correspondiente Carta de Reclamación, podría haber desarrollado la misma capacidad operativa para cumplir su obligación de comunicar la existencia y contenido concreto del CBP.*».

Razones todas ellas por las que *se rechaza la infracción de la tipicidad respecto a dichos incumplimientos*

SEXTO.- Incumplimientos del artículo 5.4 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012)

El artículo 5.4 tipifica como infracción grave, el incumplimiento de la obligación de aplicación de las previsiones del Código de Buenas Prácticas desde la adhesión de la entidad de crédito, y una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión.

La STS de 27 de enero de 2022, ya citada, explica al respecto en el fundamento jurídico tercero:

« La sentencia impugnada, como se acaba de decir, mantiene la primera de las interpretaciones del precepto que se acaban de exponer, en aplicación de los criterios

interpretativos de las normas señalados por el artículo 3.1 del Código Civil (LA LEY 1/1889), y esta Sala comparte dicha interpretación.

4.- En efecto, el artículo 5.4 del RDL dispone la obligada aplicación de las previsiones del CBP desde el momento que concurra una doble condición: i) la adhesión de la entidad de crédito al CBP y ii) la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión.

A tal interpretación nos lleva el significado propio de las palabras utilizadas por el texto legal. Así: i) "desde" significa según el diccionario de la RAE "el punto, en tiempo o lugar, de que procede, se origina o ha de empezar a contarse una cosa, un hecho o una distancia", ii) "una vez que", como señala la Abogada del Estado con cita del Diccionario panhispánico de dudas (12ª acepción de la palabra "vez"), es una locución conjuntiva que significa "cuando, después que", de forma que la obligada aplicación de las previsiones del CBP se producirá cuando o en el momento en que concurra la doble condición de la adhesión de la entidad de crédito al CBP y el deudor hipotecario haya acreditado encontrarse en el umbral de exclusión.[...]

5. Siguiendo con el análisis del significado propio de las palabras empleadas por el texto legal sujeto a interpretación, el artículo 5.4 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012), después de dejar claro que las previsiones del CBP serán de obligada aplicación desde el momento en que concurra la doble condición de adhesión de la entidad de crédito al CBP y la acreditación por el deudor de encontrarse en el umbral de exclusión, añade que "sin perjuicio de lo anterior", que es tanto como decir de acuerdo con el diccionario de la RAE "dejando a salvo lo anterior", cualquiera de las partes podrá compeler a la otra a la formalización en escritura pública de la novación del contrato resultante de la aplicación de las previsiones contenidas en el Código de Buenas Prácticas, lo que refuerza la interpretación del precepto aceptada por la Sala de instancia y por esta Sala, pues el precepto separa y desvincula (deja a salvo) el momento de obligada aplicación de las previsiones del CBP del momento de formalización de la escritura de novación.

Es claro, por tanto, que el artículo 5.4 del RDL sitúa el momento de obligada aplicación de las previsiones de CBP cuando se acredite por el deudor hipotecario su situación dentro del umbral de exclusión definido por el citado RDL, y no cuando se elabore el plan de reestructuración y formalice la novación, que es la tesis que sostiene la parte recurrente.[...]

7.- Esta interpretación según el sentido propio de las palabras empleadas por el texto legal coincide con la interpretación teleológica de la norma que, de acuerdo con su exposición de motivos [y artículo 1 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), persigue la finalidad de proteger a los deudores hipotecarios sin recursos, que han dejado de poder atender el cumplimiento de sus obligaciones derivadas de los préstamos hipotecarios concertados para la adquisición de sus viviendas, con riesgo de verse privados de las mismas, mediante una serie de medidas establecidas en el Código de Buenas Prácticas, conducentes a procurar la reestructuración de la deuda.

No cabe olvidar, como también reconoce la exposición de motivos del [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), que la adopción de las medidas contempladas en la norma exigió acudir al procedimiento del real decreto-ley, por razón de su extraordinaria y urgente necesidad, por lo que la aplicación de dichas medidas en el momento en el que el deudor acredite su situación de exclusión es plenamente coherente con la finalidad de la norma de ofrecer protección urgente al deudor hipotecario en situación de exclusión, mientras que, por el contrario, choca con la finalidad de la norma la interpretación del Banco de Santander, que considera que [el artículo 5.4 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), a pesar de su dicción literal antes examinada, permite el mantenimiento de las condiciones financieras del préstamo hipotecario primitivo, no obstante la acreditación por el deudor de su situación de exclusión, sin aplicación de las condiciones financieras contempladas en el CBP hasta la fecha en que se produzca la novación de la deuda, lo que puede suponer una demora de hasta 6 meses desde la acreditación, como muestran los resultados de la inspección de los expedientes de 2014 efectuada por el Banco de España.»

Con respecto a los incumplimientos del [artículo 5.4 del Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), la resolución sancionadora mantiene:

1º) En 1 expediente, lo que supone un 1,11% de los 90 expedientes analizados en las distintas submuestras, no consta que la entidad haya comunicado y ofrecido un plan de reestructuración al cliente.

2º) En 31 expedientes, que representan un 34,44% de los 90 expedientes analizados en las distintas submuestras, no consta la aplicación retroactiva de las medidas de reestructuración a la fecha de acreditación de estar el cliente en el umbral de exclusión.

3º) En 7 expedientes, que representan un 7,77% de los 90 expedientes analizados en las distintas submuestras, el plazo de amortización de las reestructuraciones no se fijó en

los 40 años que prevé el [Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), ni consta acuerdo alguno con el cliente dirigido a la modificación de ese plazo.

4º) (i) En 7 expedientes, que representan el 7,77% de los 90 expedientes analizados a este respecto, junto con la reestructuración con arreglo al CBP se formalizó un préstamo adicional -normalmente con garantía personal-, como parte de la reinstrumentación de las operaciones hipotecarias, en condiciones más gravosas que las fijadas en el CBP; (ii) en otros 2 expedientes, que representan el 2,22% de esos 90 expedientes, la entidad exigió condiciones no previstas en la norma para formalizar la reestructuración; (iii) y en 1 expediente, que representa el 1,11% de los mencionados 90 expedientes, la entidad exigió el abono previo de las cuotas vencidas.

El primer incumplimiento que recoge la resolución sancionadora es sobre la obligación de ofrecer el plan de reestructuración, que ha quedado limitado a un único expediente.

El razonamiento de la demandante es que se infringen los principios de legalidad y tipicidad dado que hay un único caso de toda la muestra en el que no hay constancia del cumplimiento de una obligación de guardar evidencia de que el cliente ha recibido dicho plan de reestructuración, y estando probado que el cliente firmó la reestructuración, debe entenderse también probado que BBVA notificó y ofreció al deudor dicho plan de reestructuración. De nuevo la recurrente acude a la infracción por la no constancia del cumplimiento de la obligación de guardar el recibí.

En realidad, la obligación de aplicación de las previsiones del CBP del artículo 5.4 supone, conforme al apartado 1 del anexo al [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), el que desde que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, debe obtener de la entidad acreedora el ofrecimiento de reestructuración de su deuda hipotecaria al objeto de alcanzar la viabilidad a medio y largo plazo de la misma. *No se tipifica la no conservación documental del ofrecimiento de un plan de reestructuración, sino que la no aportación de tal justificación, por cualquier medio admitido en Derecho, supone no demostrar tal ofrecimiento, aunque solo se aplique a un expediente del muestreo.*

El segundo incumplimiento versa sobre el momento de la aplicación de los efectos de la reestructuración. Afectó a 31 expedientes de la muestra en los que se constató que la entidad no había aplicado las medidas del CBP desde que el deudor acreditó que cumplía los requisitos del umbral de exclusión, sino que postergó la aplicación de estas medidas al momento en el que se formalizó la reestructuración.

El BBVA alega que la incidencia está circunscrita a un periodo temporal muy limitado (la incidencia se detectó y se corrigió en mayo de 2016), y con un impacto económico para los clientes irrelevante (entre 20 y 280 euros por expediente) e inexistente casi en la mitad de los casos, a pesar de lo que, crítica, se mantiene la sanción.

En la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (recurso 207/2018 (LA LEY 145198/2019)), en relación a esta misma infracción, vinimos a razonar que « *El tenor literal del artículo 5.4 «[...] una vez que se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, serán de obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas», no permite interpretar la continuación de las condiciones financieras originarias hasta que la entidad de crédito decida la aplicación de las nuevas condiciones revisadas.*

Desde la adhesión de la entidad de crédito al Código de Buenas Prácticas viene obligado a su cumplimiento, y desde la acreditación del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, el Banco viene obligado a aplicar las medidas previstas en el Código. El cumplimiento de las condiciones que exige el [Real Decreto-Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) debe permitir, de inmediato, la reducción de la carga financiera de los que encuentran en la situación de no poder hacer frente a la deuda hipotecaria contraída en las condiciones inicialmente pactadas para la adquisición de su vivienda habitual, sin que pueda dejarse al arbitrio o interés de la entidad bancaria el momento de aplicación del plan de reestructuración a que viene obligado.

La interpretación de las normas, acorde al [artículo 3 del Código Civil \(LA LEY 1/1889\)](#), no se limita al sentido propio de sus palabras, sino que ha de relacionarse «con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», que no es otra que la protección de los deudores sin recursos mediante una reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria sobre la vivienda habitual, a fin de que puedan hacer frente a la deuda en las nuevas condiciones más favorables.

[...] No puede compartirse, de lo anteriormente razonado, la interpretación de la demandante de que el plan de reestructuración produce efectos desde su fecha. La norma refiere al «momento de acreditación», no al momento de la elaboración del plan o de concesión individualizada en el que concretan la ejecución y las consecuencias financieras para el deudor.

[...] *Por consiguiente, no se participa de la interpretación del citado artículo 5.4 que propone la demandante, en cuanto el precepto impone, a las entidades adheridas al Código de Buenas Prácticas, su aplicación en cuanto se produzca la acreditación por parte del deudor de que se encuentra situado dentro del umbral de exclusión, única cuestión a la que se limitó la revisión inspectora del Banco de España. Por supuesto, si no se acepta la solicitud, por no estar acreditado que el cliente se encuentre dentro del umbral de exclusión, puede rechazarse, motivadamente.»*

Tal conclusión, como hemos expuesto, ha sido confirmada por el Tribunal Supremo.

Decíamos que el BBVA alega que la incidencia está circunscrita a un periodo temporal muy limitado (se detectó y se corrigió en mayo de 2016), y con un impacto económico para los clientes irrelevante e inexistente casi en la mitad de los casos. Al respecto, tal razonamiento no combate, sino que confirma, la tipicidad de la conducta, independientemente de la relevancia económica que el BBVA suponga haya supuesto a los clientes, además que la perspectiva de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión sobre lo irrelevante de la cifra, puede ser muy distinta a la de la entidad bancaria.

El tercer incumplimiento se refiere a la obligación de ofrecer a los clientes un plazo de amortización hasta un total de 40 años a contar desde la concesión del préstamo (medida 1.b) ii) del CBP), salvo que el deudor presente « *propuesta de plan de reestructuración, que deberá ser analizada por la entidad, quien, en caso de rechazo, deberá comunicar al deudor los motivos en que se fundamente.*» No consta tal solicitud por parte del cliente y en siete expedientes de la muestra la deuda se reestructuró en un plazo diferente.

Considera la demandante, de nuevo, una interpretación errónea del Banco de España de la obligación de dejar constancia escrita previa de la solicitud de un plazo de amortización distinto por parte del cliente y aduce que los pactos se acreditan con las escrituras de refinanciación otorgadas ante un notario público. Confunde de nuevo la tipicidad de la obligación de ofrecer un plazo de amortización de 40 años con la falta de acreditación de una propuesta distinta por el cliente.

Como recoge la contestación a la demanda del Banco de España, en la sentencia de esta Sección de 27 de febrero de 2019 se examinó esta cuestión, resolviendo lo siguiente: « *no se puede desconocer que, por una parte, como se expone en las resoluciones impugnadas, en concordancia con las actuaciones obrantes en el expediente administrativo -y no se discute específicamente por la recurrente-, las condiciones del*

préstamo concedido por Cajamar a los clientes en junio de 2010 ("préstamo 8934") con el fin de facilitar los pagos derivados de un préstamo anterior, son menos beneficiosas para los mismos que las posteriormente contempladas por el apartado 1.b) del Código de Buenas Prácticas para las reestructuraciones de deuda, por lo que no cabe sostener que con dicho préstamo 8934 se estuvieran satisfaciendo las exigencias derivadas del citado [Real Decreto-ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) y el Código.»

Por último, el cuarto incumplimiento se refiere a la imposición de otras condiciones adicionales distintas (y más gravosas) a las previstas en la letra b) del apartado 1 del CBP, respecto a los préstamos personales, que el BBVA entiende no debe tener las mismas condiciones financieras que las establecidas por el CBP, así como otras medidas de refinanciación como la inclusión de avalista o el abono de cuotas vencidas para la refinanciación.

El BBVA discute la tipificación de la obligación de probar que las condiciones adicionales pactadas en una reestructuración fueron previa y formalmente solicitadas *motu proprio* por el deudor.

Sin embargo, la cuestión se debe centrar en considerar si la aplicación de la reestructuración de la deuda hipotecaria conforme a la obligada aplicación las previsiones del Código de Buenas Prácticas, permite, de forma coetánea, conceder préstamos personales vinculados a la deuda hipotecaria con tipos de interés diferentes al previsto en el CBP o establecer condiciones diferentes para la refinanciación como la intervención de avalista o al abono previo de las cuotas vencidas.

Partimos de que el BBVA se adhirió voluntariamente al Código de Buenas Prácticas, cuyo objeto es establecer medidas conducentes a procurar la reestructuración de la deuda hipotecaria de quienes padecen extraordinarias dificultades para atender su pago, así como mecanismos de flexibilización de los procedimientos de ejecución hipotecaria.

El Preámbulo del [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) explica que la adopción de las medidas contempladas en este real decreto-ley resulta imprescindible al objeto de proteger a un colectivo social en situación de extraordinaria vulnerabilidad en el contexto económico generado por la crisis, así como facilita y promueve la implicación del sector financiero español en el esfuerzo requerido para aliviar la difícil situación económica y social de muchas familias. La primera fase de actuación va dirigida a procurar la reestructuración viable de la deuda hipotecaria, a través de la aplicación a los préstamos o créditos de una carencia en la amortización de capital y una reducción del tipo de interés durante cuatros años y la ampliación del plazo total de amortización,

y, asimismo, se moderan los tipos de interés moratorios aplicables a los contratos de crédito o préstamo hipotecario. Esta reducción pretende disminuir la carga financiera generada en casos de incumplimiento por impago de los deudores protegidos.

Siendo tal el objetivo de la norma, *resulta difícil compartir la posición de la demandante sobre la refinanciación de otras deudas distintas a las hipotecarias*. Según dicha particular interpretación, a los deudores comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 del Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo (LA LEY 4108/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, las entidades bancarias adheridas al CBP pueden establecer condiciones financieras paralelas - por supuesto, menos beneficiosas- diferenciando, de manera artificiosa, los préstamos con garantía hipotecaria, de otros préstamos personales que no se benefician de tal garantía.

Ahora bien, las medidas del CBP se refieren a los contratos de préstamo o crédito garantizados con hipoteca inmobiliaria cuyo deudor se encuentre situado en el umbral de exclusión y que estén vigentes a la fecha de entrada en vigor o que se suscriban posteriormente, resultando de aplicación exclusiva a las «*entidades adheridas, deudores y contratos a los que se refiere este real decreto-ley*», sin que, como dice el artículo 5.7, proceda «*por tanto, la extensión de su aplicación, con carácter normativo o interpretativo, a ningún otro ámbito*».

Si se trata de un deudor hipotecario situado en el umbral de exclusión, *las medidas previstas van encaminadas a la reestructuración de su deuda hipotecaria en los términos previstos en el RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012), plan de reestructuración que comprende únicamente las medidas previstas en la norma, siendo completamente ilógico que el Banco pueda conceder un tipo de préstamo diferente a dichos deudores o pactar los términos distintos de la financiación*.

Procede, en vista de todo ello, desestimar la alegación de falta de tipicidad respecto a los incumplimientos del artículo 5.9 RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012)-.

SÉPTIMO.- Potestad sancionadora del Banco de España

Cuestión distinta a la regulación legal de las conductas como infracción grave, y a la concreta definición de los tipos infractores, es la interpretación del Banco de España de los tipos infractores, en cuanto al ejercicio de su potestad sancionadora.

En relación con las infracciones y las sanciones administrativas, como explica la citada STC 86/2017, de 4 de julio (LA LEY 89019/2017), el principio de taxatividad se dirige al legislador exigiendo el «máximo esfuerzo posible» para garantizar la seguridad

jurídica, lo que en modo alguno veda el empleo de conceptos jurídicos indeterminados « aunque su compatibilidad con el artículo 25.1 CE (LA LEY 2500/1978) se subordina a la posibilidad de que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia ».

Desde esta perspectiva, la doctrina constitucional destaca que resulta elemento realmente esencial del principio de tipicidad, ligado indisolublemente con el principio de seguridad jurídica (artículo 9.3 CE (LA LEY 2500/1978)), la necesidad de que la Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora, identifique el fundamento legal de la sanción impuesta en cada resolución sancionatoria. En otros términos, *el principio de tipicidad exige no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones, estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación y, en el supuesto de que dicha norma tenga rango reglamentario, cuál es la cobertura legal de la misma*, excepción hecha de aquellos casos en los que, a pesar de no identificarse de manera expresa el fundamento legal de la sanción, el mismo resulta identificado de forma implícita e incontrovertida.

En tal orden de ideas, subraya la STC 161/2003 , de 15 de septiembre (LA LEY 13170/2003), que cuando la Administración ejerce la potestad sancionadora debe ser « la propia resolución administrativa que pone fin al procedimiento la que, como parte de su motivación [la impuesta por los arts. 54.1 a) y 138.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas (LA LEY 3279/1992) y del procedimiento administrativo común], identifique expresamente o, al menos, de forma implícita el fundamento legal de la sanción. Sólo así puede conocer el ciudadano en virtud de qué concretas normas con rango legal se le sanciona. »

Proyectada tal doctrina a este caso, *el principio de tipicidad exige que la resolución sancionadora precise de manera suficiente y correcta, cuál es el tipo infractor con base en el que se impone la sanción.*

Pues bien, la resolución sancionadora de 26 de octubre de 2020, del Consejo de Gobierno del Banco de España, precisa que los tipos infractores consisten en haber incumplido la entidad las obligaciones del artículo 5.4 y 5.9 de dicho Real Decreto-Ley 6/2012 (LA LEY 4108/2012), referidas a la debida aplicación del Código de Buenas Prácticas; y la sanción es la prevista en artículo 98.1 letra b) de la Ley 10/2014, de 26 de junio (LA LEY 10274/2014), de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades de Crédito, razonando y explicando que esta Ley resulta más favorable que la

anterior [Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito \(LA LEY 1563/1988\)](#), en cuanto a la gravedad de la sanción.

En la resolución que resuelve el recurso de alzada se aprecia que *en la resolución sancionadora se contiene una pormenorizada exposición de los hechos objeto del procedimiento sancionador, en la que, partiendo de la relación de hechos del Pliego de cargos, se valoran en detalle las numerosas alegaciones fácticas formuladas por la ahora recurrente durante los diversos trámites de audiencia habidos durante el expediente (tras el Pliego de cargos, tras la Propuesta de resolución, y, finalmente, el mencionado de actuaciones complementarias), para terminar con una recapitulación de los hechos que considera probados, tanto por lo que respecta a los incumplimientos relativos al artículo al 5.9 del [Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), como por lo que respecta a los incumplimientos relativos al artículo 5.4 de esa misma norma.*

Sobre la base de todas las consideraciones anteriores, *la tipificación de las conductas infractoras realizada por el Banco de España, en sendas infracciones graves, se revela conforme a la norma legal en que se apoya*, rechazando la nulidad de pleno derecho de las resoluciones impugnadas conforme al [art. 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), por infracción del *principio constitucional de legalidad sancionadora* solicitada como primera pretensión en el suplico de la demanda.

OCTAVO.- Sobre la inconstitucionalidad del artículo 15 y del [artículo 5.4 del Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#).

Se alegan en la demanda defectos de constitucionalidad referibles a los [artículos 15 \(LA LEY 4108/2012\)](#) y [5.4 del Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) en la medida en la que dichos preceptos:

- (i) Contienen unas normas punitivas "en blanco" que no respetan las exigencias constitucionales de esta técnica remisoría;
- (ii) Albergan una secuencia de remisiones "en cadena" que agravan esas contravenciones de constitucionalidad;
- (iii) Pasan, en suma, a constituir verdaderos tipos abiertos.

En el primer otrosí digo de la demanda se solicita que « *Que en la medida en la que no sea estimado el presente recurso por las razones de nulidad de pleno derecho y de anulabilidad más arriba indicadas y por tanto en la medida en la que aún de "su validez dependa el fallo" a dictar en los presentes Autos jurisdiccionales (art. 163 CE (LA LEY 2500/1978)art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LA LEY*

2383/1979)) esta representación considera que procede el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad de los siguientes preceptos:

a. Art. 15 del Real Decreto Ley 6/2012 (LA LEY 4108/2012) por albergar un tipo punitivo en blanco que no respeta las exigencias constitucionales de esa técnica legislativa.

b. Ese mismo art. 15 del Real Decreto Ley 6/2012 (LA LEY 4108/2012) por establecer inexorablemente (sin matices ni modulación) la incursión en infracción administrativa grave con independencia de la naturaleza o entidad de los deberes supuestamente incumplidos».

Es bueno aclarar que la solicitud de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad es subsidiaria para el caso de no apreciar motivos de nulidad de pleno derecho o de anulabilidad.

El argumento de la demanda es que el artículo 15 reenvía al artículo 5.4 y éste a su vez remite a la totalidad de los deberes previstos por el Código de Buenas Prácticas, invocando la sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, nº 283/2006, de 9 de octubre (LA LEY 110541/2006), sobre la remisión normativa en cadena.

Expusimos en la sentencia de 18 de septiembre de 2019 (recurso 207/2018 (LA LEY 145198/2019)) que « a este Tribunal tampoco le plantea ninguna duda de constitucionalidad que necesite de una decisión del Tribunal Constitucional para emitir el fallo" pues " es la Ley la que determina como infracciones graves el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los artículos 5.4 , 5.9 y 6.5. Esta misma Ley 1/2013 (LA LEY 7255/2013) es la que da nueva redacción a estos preceptos a los que considera normas de ordenación y disciplina de las entidades de crédito. Se cumplen, por tanto, ambas garantías al determinar la Ley las concretas conductas cuyo incumplimiento se considera infracción grave".

No consideramos que dicho artículo 15 suponga una remisión normativa en cadena pues lo que hace es, por un lado, considerar que los apartados 4 y 9 del artículo 5, tendrá la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LA LEY 10274/2014) - actualizada por Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre (LA LEY 24304/2022) - y por otro lado, determina como tipos infractores el incumplimiento de las obligaciones que derivan de los mismos, que califica de infracción grave. Solo hay reenvío normativo expreso a la Ley reguladora de las entidades de crédito en cuanto a la imposición de las sanciones.

O sea, es ese mismo texto normativo el que incorpora como anexo el Código de Buenas Prácticas, y el que establece el régimen sancionador (capítulo VI), tipificando, entre otras, como conductas infractoras las obligaciones de las entidades bancarias adheridas previstas en los apartados 4 y 9 del artículo 5. Como indica el Abogado del Estado, no hay una remisión normativa a otra Ley, sino que es la misma Ley la que tipifica la conducta infractora.

Por lo demás, no contiene el artículo 15 ningún concepto jurídico indeterminado, ninguna calificación de conductas infractoras en blanco, ni ninguna regulación de las sanciones por lo que no «alberga» ningún tipo punitivo en blanco, sin que hayamos tenido dificultad en examinar cada uno de los incumplimientos y su adecuación a la descripción de las dos infracciones imputadas.

Como es obvio, resulta materialmente imposible descubrir en la norma con absoluta precisión los hechos declarados infracción, por lo que, con frecuencia, la correlación no es exacta, por exceso, por defecto o por alteración de elementos, pero únicamente si falta algún elemento esencial del tipo sería improcedente reconocer que el hecho específicamente imputado al autor se corresponde con el delimitado previamente en la norma, lo que aquí no sucede.

NOVENO.- Valoración de la prueba aportada

1. Planteamiento

El alegato de la demanda es que la prueba presentada por BBVA durante la tramitación del expediente sancionador, y con el recurso de alzada, más en concreto las cartas de confirmación (93 iniciales y 27 con el recurso de alzada), vienen a probar que, aunque no guardara «constancia» de cada paso dado en su labor informativa y de ejecución del CBP, esos pasos se habían dado, solicitando de los clientes de los expedientes de la muestra que, en caso de ser así, reconocieran que BBVA había cumplido, y en qué forma, con el RDL, y con las que se ha reducido sustancialmente el reproche inicial -y el importe de la sanción-. Alega infracción del [artículo 89.1.c\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), teniendo en cuenta el número de expedientes a los que ha quedado reducido el reproche en relación a cada conducta sancionada.

Por el contrario, razona, los informes de 27 de junio de 2019 y de 24 de enero de 2020, Informe de Instrucción e Informe Técnico, no son informes independientes, sino que tienen relación de dependencia del Consejo de Gobierno, de conformidad con el [artículo 21 de la Ley 13/1994, de 1 de junio \(LA LEY 1971/1994\)](#), de Autonomía del Banco de España, y, con cita de la sentencia de la Sala de lo Contencioso del [Tribunal Supremo](#)

número 202/2022, de 17 de febrero de 2022 (LA LEY 14755/2022), sostiene que no pueden prevalecer sobre las cartas de confirmación.

Considera también respecto a los reproches manifestados por el Ministerio al valorar la nueva prueba aportada, que su error se debe precisamente a que se centra de manera exclusiva en la fecha incluida en las cartas, obviando el valor de las propias cartas de confirmación que, junto con el resto de prueba aportada, demuestran que los clientes fueron informados del CBP, y además de manera adecuada, en cuanto mostraban dificultades de pago.

También en este apartado se aduce el valor probatorio del Informe de Deloitte que se aportó por BBVA tras la propuesta de resolución para calcular el importe de la sanción derivada del incumplimiento del artículo 5.4 del RDL, y para que en lugar del criterio del 5% del volumen neto de negocios (art. 98.1.b) de la Ley 10/2015), se aplicara el previsto en el apartado a), por lo que debería quedar reducida a una cantidad entre el doble y el triple de 355.193 €, es decir, entre 710.386 y 1.065.579 euros, en lugar de los 2.000.000 de euros objeto de sanción.

2. La resolución impugnada

La resolución ministerial explica que conociendo el BBVA la imputación realizada en el pliego de cargos y en la propuesta de resolución, se dirigió a sus clientes y les solicitó que firmasen, con formato de carta, o, que le remitiesen, con formato de correo electrónico, un documento con un texto modelo. Lo que se cuestiona es si la información sobre el CBP se facilitó *tan pronto como* el cliente manifestó dificultades de pago o en un plazo máximo de dos meses desde esa fecha. Entiende la resolución de alzada que el Banco remitió a sus clientes un texto que por sí solo no desvirtuaba lo acreditado a través de otros documentos obrantes en el expediente, y en el que no se manifestaban los clientes sobre el momento en el que fueron informados, por lo que las cartas confirmatorias aportadas no desvirtuaban el contenido probatorio resultante de otras evidencias obrantes en el expediente.

En definitiva, la problemática relativa a estas cartas confirmatorias, tanto las relativas a la infracción del artículo 5.4 como del 5.9, fue planteada durante el procedimiento sancionador, lo que, indudablemente, ha permitido su presentación durante la tramitación del mismo, procedimiento en el que la ahora recurrente ha podido ejercer plenamente su derecho a la defensa y, en concreto, aportar las pruebas que hubiera considerado convenientes.

Valorando las nuevas cartas aportadas en el recurso de alzada, en relación a la infracción del artículo 5.4, entiende que no desvirtúan los hechos de que, simultáneamente a la firma de la operación de CBP, se concedieron otros préstamos personales que tenían un tipo de interés distinto, y superior, al previsto para las operaciones de CBP.

Respecto a las 25 nuevas cartas confirmatorias relacionadas con la infracción del artículo 5.9, afirma que no desvirtúan lo ya resuelto, resultando inverosímil, en este sentido, que cada cliente afirme en su carta haber sido informados exactamente en la fecha -día o mes y año- en las que, según lo indicado por la inspección, resulta razonable entender que habrían comenzado a sufrir dificultades de pago. Se trata de un texto predeterminado, con una fecha concreta, que se ha presentado a la firma del cliente, que además no concuerda con la información obtenida de las cartas de requerimiento de pago y de firma del documento informativo en la sucursal bancaria. Niega la insinuación de falsedad del cliente, pues lo que considera es que ha firmado la carta predispuesta por el BBVA.

En cuanto a la valoración del informe de Deloitte, la aplicación del criterio del beneficio del [artículo 98 de la Ley 10/2014 \(LA LEY 10274/2014\)](#), queda a la discrecionalidad del órgano sancionador, centrándose la discusión en los hechos constitutivos de la infracción del citado artículo 5.4, relativos a la fijación de un plazo de amortización superior o inferior al de 40 años, y hay coincidencia con lo señalado por la Inspección en que no pudo cuantificarse el beneficio obtenido en el momento de fijar la sanción

3. Criterio de la Sección

La pretensión de la demanda es dar un nuevo enfoque al valor probatorio de las cartas de confirmación haciendo recaer su importancia probatoria en que se trata de lo declarado por los clientes reconociendo que fueron informados del CBP, de manera adecuada, y en cuanto mostraban dificultades de pago, esto es, son los propios clientes los que confirman por escrito que no hubo incumplimiento y, además, han servido para reducir el número de expedientes en los que se reprochaba incumplimiento.

Tanto la resolución sancionadora como la que resuelve el recurso de alzada dedican la mayor parte de su argumentación a explicar la valoración de la prueba, de manera individual, de cada documento aportado durante la tramitación del procedimiento sancionador y en vía de recurso de alzada, de cada alegación en relación a los hechos que se pretenden probar, y sobre el conjunto de la prueba, en lo que hay contradicción entre los documentos y las alegaciones o entre el contenido, las fechas o lo manifestado

en los mismos. Precisamente, *tal valoración minuciosa de cada expediente de la muestra, de las cartas de notificación o de reclamación de deuda, de su registro, de los documentos informativos, los firmados y los publicados en la web, las solicitudes de los clientes de aplicación del CBP y las cartas de confirmación que se fueron aportando en diferentes momentos, ha ido demostrando todas y cada una de las actuaciones del BBVA y la sucesión temporal de los impagos, reclamaciones de deuda, comunicación de información al cliente sobre el Código y las medidas de reestructuración de su deuda e implantación del plan individual de reestructuración, en una valoración más que escrupulosa de toda la documentación.*

Es indudable que no puede darse prevalencia al reconocimiento del cliente por la firma del documento elaborado y remitido por el BBVA, sobre todos y cada uno del resto de documentos e informes técnicos que cuestionan los datos que pretenden demostrar con el texto predeterminado de las cartas de confirmación.

Esencialmente, *la valoración de la prueba documental aportada y verificada ha permitido estimar parte de las alegaciones y reducir el número de reproches iniciales, que han quedado en 86 incumplimientos del artículo 5.9 y 49 incumplimientos del artículo 5.4, sin que en la demanda se haya demostrado el error, la irracionalidad o arbitrariedad en la valoración de la prueba.*

Los informes técnicos, que en la demanda se dice no puede prevalecer sobre las cartas de confirmación de los clientes, son precisamente los que valoran la prueba no teniendo valor probatorio *per se* como documentos públicos valorables en equiparación a los documentos privados aportados por el BBVA, sino que se trata de informes solicitados en el seno del procedimiento inspector que forman parte del expediente administrativo, que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa ([artículo 70 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#)).

La [STS de 17 de febrero de 2022 \(casación 5631/2019 \(LA LEY 14755/2022\)\)](#), invocada en la demanda, se refiere al supuesto de que los expertos al servicio de la Administración pueden actuar como peritos y que sus dictámenes -al igual que cualquier otro dictamen pericial- han de ser valorados de manera libre y motivada, esto es, la valoración como prueba pericial de los dictámenes que reúnan las características que al mismo atribuye el [art. 335 de la Ley de Enjuiciamiento Civil \(LA LEY 58/2000\)](#), según las reglas de la sana crítica. Añade que hay informes de origen funcional, aun habiendo sido elaborados por auténticos técnicos, no pueden ser considerados como prueba pericial, y no tendrán más valor que el que tengan como documentos

administrativos. En modo alguno puede extraerse de dicha sentencia que los informes técnicos del Banco de España deban ser valorados como dictámenes de perito no imparciales.

No hay en la demanda una valoración alternativa de los datos obtenidos de los diferentes documentos analizados por la inspección del Banco de España, haciendo una interpretación sesgada de la importancia probatoria de cartas de confirmación de los clientes, sin contrastar, ni demostrar, su prevalencia sobre el resto de documentación pormenorizadamente analizada en la resolución sancionadora.

Por último, en este mismo motivo de valoración de la prueba, se aduce el valor probatorio del informe de Deloitte, que se aportó por BBVA tras la propuesta de resolución, para calcular el importe de la sanción derivada del incumplimiento del artículo 5.4 del RDL.

El artículo 98 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LA LEY 10274/2014), establece los criterios para determinar el importe de las multas impuestas por la comisión de infracciones graves en los siguientes términos:

«1. Por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad una multa que podrá ser, a juicio del órgano competente para resolver:

a) De entre el doble y el triple del importe de los beneficios derivados de la infracción, cuando dichos beneficios puedan cuantificarse; o

b) De hasta el 5% del volumen de negocios neto anual total, incluidos los ingresos brutos procedentes de intereses a percibir e ingresos asimilados, los rendimientos de acciones y otros valores de renta fija o variable y las comisiones o corretajes a cobrar de conformidad con el artículo 316 del Reglamento (UE) nº 575/2013 (LA LEY 10371/2013) que haya realizado la entidad en el ejercicio anterior; o de hasta 5.000.000 de euros, si aquel porcentaje fuera inferior a esta última cifra, cuando se trate de entidades de crédito, o de aquellas que realicen sin autorización actividades reservadas a cualesquiera entidades supervisadas por el Banco de España».

En principio, si bien es potestad discrecional del órgano competente para sancionar, para aplicar el apartado a) han de poderse cuantificar los beneficios, en el momento de la resolución sancionadora, sin que el «beneficio cero», como dice el informe en ese momento pueda entenderse como tal cuantificación, sino como imposibilidad de determinación.

Dicho informe de Deloitte tiene por objeto *«determinar el beneficio que habría obtenido BBVA derivado de la infracción del artículo 5.4 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012), consideramos que dicho beneficio será determinado como la diferencia entre (i) los intereses y rendimientos generados por las 51 operaciones con incidencias, de acuerdo a las condiciones de reestructuración acordadas con el Banco, y (ii) los intereses y rendimientos que dichas operaciones habrían generado si hubieran sido reestructuradas de acuerdo a las condiciones del CB»*, lo que supone, según el encargo, que hay operaciones de reestructuración que se acomodan y otras que no.

En el mismo se afirma, respecto a uno de los incumplimientos, la reestructuración en un plazo mayor o menor al plazo de 40 años que establece el CBP, que *«únicamente tendrá impacto en el Banco una vez finalice el periodo de carencia y se determinen las nuevas cuotas de amortización de capital del préstamo en función de la duración del mismo. En consecuencia, la infracción concreta analizada en este apartado no habría supuesto beneficio alguno para BBVA durante el Periodo de Análisis»*.

A la vista de lo anterior, *la resolución impugnada concluye « que resulta claro que lo alegado por la ahora recurrente, sobre la base del informe pericial de Deloitte, es que, respecto al grupo de incumplimientos señalado (relativos al plazo de amortización), la cuantificación del beneficio no puede hacerse todavía, porque ese beneficio sólo podrá determinarse una vez haya transcurrido determinado plazo todavía no vencido», lo que coincide con la Inspección en que, en el momento relevante para ello, que es el momento de dictarse la resolución sancionadora, dicho beneficio no puede calcularse.*

Ello acredita que se ha valorado el informe y que el mismo no desvirtúa la corrección de la resolución sancionadora de aplicar el apartado b) del artículo 98 de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014) para el cálculo de la sanción, sin que se aporten argumentos nuevos que no hayan sido analizados de forma pormenorizada en la resolución impugnada.

DÉCIMO.- Contravenciones de legalidad producidas en relación a la prueba: limitación de los medios de prueba, inversión de la carga de la acreditación de los hechos, infracción de los principios de presunción de inocencia y de *in dubio pro reo*.

1.1 Planteamiento respecto a las ilegalidades en relación a la prueba

Este motivo lo divide la demanda en varios bloques. Resumidamente, viene a denunciar la inversión de la carga de la prueba al no bastar la declaración de los clientes sobre la información adecuada que se le comunicó, considerando que es una prueba relevante, ni

sirve la prueba de presunciones, con cita del [artículo 386 LEC \(LA LEY 58/2000\)](#), pues al imputar conductas que no están en la norma lleva, según este razonamiento, a una prueba distinta, la documental que acredite la información documentada, fechada y con acuse de recibo.

También alega infracciones sobre la determinación de la muestra, de las submuestras, y de los criterios de selección, que no siguió criterios de pura y estricta objetividad e imparcialidad.

1.2 Criterio de la Sección

No debe desenfocarse la acreditación de las conductas imputadas mediante el análisis detallado de toda la documentación -cartas de notificación o de reclamación de deuda, información disponible en la web, solicitudes de CBP en las que el cliente dice haber sido informado, solicitudes firmadas por los clientes de aplicación de las medidas de reestructuración de deudas hipotecarias y cartas de confirmación-, de lo que, en una valoración conjunta, la resolución sancionadora extrae que no presupone, en absoluto, que, como exige el artículo 5.9, esa información se les diera por escrito, ni que se les diera en plazo, ni con la amplitud y el detalle que exige la norma.

Reiteramos que respecto a la infracción del [artículo 5.4 del Real Decreto-Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), tanto la sentencia de esta Sección de 18 de septiembre de 2019, como la del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2022, que comparte la interpretación, expone que *la finalidad de la norma es ofrecer protección urgente al deudor hipotecario en situación de exclusión, siendo de obligada aplicación las previsiones de CBP, una vez adherida la entidad, « en cuanto» se acredite por el deudor hipotecario su situación dentro del umbral de exclusión definido por el citado RDL, momento que, es indiscutible, debería constar para demostrar el cumplimiento de su deber y cuya prueba, que no resulta compleja, ni impropia, corresponde a BBVA.*

En modo alguno se ha exigido un concreto recibí, ni un documento sellado y firmado, ni se ha limitado la utilización de cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

En lo que respecta a la infracción del [artículo 5.9 del Real Decreto-Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), en la sentencia de 27 de febrero de 2019 confirmamos que impone la obligación de información individualizada, y por escrito, de la existencia y contenido del Código, a los clientes que dejaban de cumplir el pago de las cuotas hipotecarias manifestando sus dificultades para atender el pago, desde ese momento, así como de las posibilidades de acogerse al mismo. Tampoco parece excesiva la exigencia al BBVA de la justificación del momento y modo de cumplimiento de dichas obligaciones, ni consta

la limitación de los medios prueba a un específico documento informativo fechado y firmado.

La discrepancia de la recurrente sobre la valoración de la prueba y sobre la obligación de acreditar los cumplimientos exigidos en el [RD Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), no supone inversión de la carga de la prueba, ni infracción de la presunción de inocencia. Esta última es una presunción, que se desvirtúa mediante el pliego de cargos tras la práctica de la actividad probatoria, frente a lo que ha presentado alegaciones tendentes a combatirlo. No hay una inversión de la carga de la prueba, ni la exigencia de una prueba diabólica por pretender la prueba del cumplimiento de las obligaciones.

La entidad bancaria recurrente no puede alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que le vienen impuestas legalmente, siéndole exigible, como parte de sus obligaciones por la adhesión voluntaria al CBP, libremente asumidas, un deber diligencia en su cumplimiento.

Con ello no se está afirmando que el Banco tuviese la obligación de aprobar formalmente un documento que debiese firmar el cliente, constando la fecha de la información, pero si debía poder acreditar que se había dado toda la información al deudor hipotecario sobre el contenido del CBP para que la misma cumpliera la finalidad de la norma.

Tampoco el Banco de España ha negado el valor probatorio de lo declarado por los clientes al firmar las cartas de confirmación estandarizadas remitidas por el BBVA. Lo que no ha admitido es que fueran prueba suficiente para que decaiga la imputación de las infracciones, al menos es aquellos casos en que se contradicen con los datos obtenidos de otra documentación revisada por la inspección, cartas que, por lo demás, se han ido aportando según ha ido transcurriendo el procedimiento sancionador, las últimas con el recurso de alzada.

En suma, la extensa argumentación de la recurrente, reiterativa, donde diferentes motivos se formulan con carácter subsidiario respecto de otros, con submotivos que mezclan diferentes argumentos, haciendo verdaderamente compleja la respuesta de cada subdivisión, lleva, en relación al motivo ahora examinado, a no apreciar ninguna de las infracciones de legalidad aducidas en relación a la valoración por el Banco de España de las cartas de confirmación, respecto al momento que se presentan, su fecha y su contenido respecto a las conductas infractoras, estando la discrepancia de la recurrente más enfocada a la valoración de dicha prueba que a la infracción de los principios enunciados.

2.1 Planteamiento sobre la falta de objetividad e imparcialidad de la elección de la muestra, que se incluye como submotivo 7.2 de la demanda sobre reproche de legalidad.

Lo que se mantiene en la demanda es que la determinación de la muestra, de las submuestras, y de los criterios de selección, no siguió criterios de pura y estricta objetividad e imparcialidad. De las 4.061 operaciones reales que constituyen el universo objeto de análisis, la muestra seleccionada por la Inspección quedó reducida, tras la exclusión de 6 expedientes, a 162 operaciones, argumentando la demandante que hubo una premeditada selección de expedientes en función de la mayor probabilidad de existencia de indicios de actuaciones potencialmente incorrectas de la entidad.

Se cuestiona que sea «*suficientemente representativa*», que «*concentra su análisis, en operaciones con mayor probabilidad de incumplimiento*», expedientes que deberían «*haber sido seleccionados aleatoriamente*», «*expedientes preseleccionados en función de los indicios de debilidades*». *Aunque no se cita ningún precepto del que pudiera derivarse cómo debe realizarse la elección de la muestra cuyo incumplimiento suponga la infracción de legalidad alegada, aduce que puede tener incidencia en los resultados de las supuestas infracciones y en la determinación del importe de la sanción.*

2.2 Criterio de la Sección

Se explica en la resolución sancionadora, y en los informes técnicos que la anteceden, que la muestra de las operaciones estuvo conformada por 162 expedientes de los cuales:

(i) 122 expedientes se referían a solicitudes de aplicación del CBP configurada a partir del número de operaciones entre la «*población objetivo*» (11.783) en los que se había solicitado la aplicación de medidas del CBP excluyendo las operaciones duplicadas sometiendo la muestra a una serie de filtros, para descartar las operaciones no sometidas a CBP resultando una «*población final*» (4.061), de la que se obtuvo un amuestra representativa de 124 expedientes, seleccionando los expedientes concretos de forma aleatoria.

(ii) 30 expedientes de operaciones de reestructuración que no se habían ajustado al CBP de las 16.543 reestructuraciones incluidas en los ficheros de la entidad; se excluyeron las reestructuraciones ajenas al [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) y se seleccionaron aleatoriamente los 30 expedientes.

(iii) 10 expedientes de reclamaciones al Servicio de Atención al Cliente. Se siguió el criterio de juicio experto del supervisor

El criterio de selección estadístico fue distinto en cada submuestra porque la finalidad del análisis era diferente y, en cualquier caso, no iba dirigido a buscar incumplimientos, sino a examinar el cumplimiento del CBP, teniendo en cuenta que había varias denuncias previas.

Según explica la resolución impugnada «Con el objeto de verificar el cumplimiento por la Entidad de dichas normas de ordenación y disciplina del [Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) -en la versión vigente en el período objeto de inspección (1 de enero de 2016 -31 de diciembre de 2017)-, por el Departamento de Conducta de Mercado y Reclamaciones (actual Departamento de Conducta de Entidades) del Banco de España se llevó a cabo una actuación inspectora in situ.

Esa actuación, aprobada por la Comisión Ejecutiva del Banco de España, tuvo en parte su origen en seis peticiones razonadas de incoación de expediente disciplinario contra BBVA formuladas en varios casos por la Delegación Territorial de Sevilla de Fomento, Vivienda, Turismo y Comercio de la Junta de Andalucía (vid. folio 70 del expediente).»

De modo que, como resulta de las explicaciones que constan en los informes técnicos y en las resoluciones sancionadoras, en algunas submuestras ha habido un filtro previo para encontrar un muestreo homogéneo y en otras se ha seguido un muestreo selectivo de juicio o expertos, con una preselección del subconjunto concreto de expedientes para que hubiera representación suficiente de las reclamaciones y sus respuestas.

El posible resultado de más o menos conductas reprochables, según la elección de la muestra a supervisar, no arroja ninguna conclusión jurídicamente relevante respecto a la imputación de dos infracciones graves al BBVA, ya que ni se ha demostrado un índice de error mayor que el muestreo aleatorio, ni ha dependido la imputación del número final de actuaciones incumplidoras, como lo demuestra, por ejemplo, que, respecto a la última submuestra indicada, reclamaciones al Servicio de Atención al Cliente, sólo en 3 expedientes se imputan incumplimientos.

Debe también, por lo razonado, desestimarse este motivo de impugnación.

UNDÉCIMO.- Infracciones continuadas

Una vez más se incluyen en el motivo transgresiones de índole diversa que ordenamos en:

1. Nulidad de pleno derecho del [artículo 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#)

1.1 Planteamiento del recurso

Se alega en la demanda la nulidad de pleno derecho de las resoluciones sancionadoras, conforme al [artículo 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), por:

(i) haberse introducido la supuesta existencia de infracción continuada en la fase terminal del expediente (en la de actuaciones complementarias, previstas en el [art. 85 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#)), limitando materialmente con ello las posibilidades de defensa y prueba de la entidad;

(ii) por no haberse expresado (nunca) los hechos concretos de los que se infiere la existencia del plan preconcebido o la idéntica ocasión necesarios para dicha categoría de la continuidad y por tanto no haber permitido la alegación y prueba en contra de esos supuestos hechos;

(iii) por no haberse razonado en modo alguno por qué se estima que existe aquel plan preconcebido o en qué modo ha habido "aprovechamiento" de idéntica ocasión.

1.2 Criterio de la Sección

Dispone el [artículo 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#) que « *los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.*» En este caso, *la demandante considera lesionados los derechos de contradicción, defensa, conocimiento de la acusación y aportación de pruebas de descargo, que se encuadrarían en la proyección de las garantías del artículo 24.2 CE (LA LEY 2500/1978) al ámbito administrativo.*

De entrada, es doctrina constitucional que los principios esenciales reflejados en el [artículo 24 de la Constitución \(LA LEY 2500/1978\)](#) en materia de procedimiento, han de ser aplicables a la actividad sancionadora de la administración con matices.

Así lo recuerda el [Tribunal Constitucional en su sentencia 63/2021, de 15 de marzo \(LA LEY 25181/2021\)](#), en la que declara que «... *las garantías contenidas en el art. 24 CE (LA LEY 2500/1978) son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador (por todas, véase las SSTC 9/2018, de 5 de febrero (LA LEY 5776/2018), FJ 2, o la 54/2015, de 16 de marzo, FJ 7)*». Pero es también doctrina de este Tribunal, reflejada en su sentencia 210/1999, de 29 de noviembre (LA LEY 1805/2000), que *"la indefensión constitucionalmente relevante es la situación en que, en general, tras la infracción de una norma procesal, se impide a alguna de las partes el derecho a la defensa, eliminando o limitando su potestad, bien de alegar derechos e intereses para*

que le sean reconocidos, o bien de replicar dialécticamente las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (por todas SSTC 89/1986 (LA LEY 11175-JF/0000), fundamento jurídico 2º o 145/1990, fundamento jurídico 3º), y que esta indefensión ha de tener un carácter material y no meramente formal, lo que implica que no es suficiente con la existencia de un defecto o infracción procesal, sino que debe haberse producido un efectivo y real menoscabo del derecho de defensa (...)».

Según reiterada doctrina constitucional, *para apreciar lesión del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (artículo 24.2 CE (LA LEY 2500/1978)) es necesario que la prueba interesada y no practicada resulte decisiva en términos de defensa. Así se ha afirmado, entre otras, en la STC 129/2005, de 23 de mayo (LA LEY 1455/2005), FJ 4: « Es necesario, por lo demás -como ya hemos recordado con anterioridad- que la falta de actividad probatoria se haya traducido en una efectiva indefensión del recurrente, o lo que es lo mismo, que sea decisiva en términos de defensa».*

Partiendo de que la demanda se refiere al *procedimiento*, su queja va referida a que el trámite de alegaciones del resultado de las actuaciones complementarias no contemplaba la posibilidad de prueba, que el plazo de siete días era exiguo para presentar las pruebas oportunas, que solicitó un nuevo trámite de propuesta de resolución que se le denegó, que la continuidad infractora se introdujo por primera vez en la fase de actuaciones complementarias y no se dio oportunidad de escrutar otras alternativas sensatas a la continuidad infractora, como la infracción permanente o la unidad típica de acción.

No estimamos que se haya acreditado la indefensión sufrida en cuanto se le dio la posibilidad de poder hacer valer sus derechos e intereses legítimos pudiendo atacar la consideración de las infracciones continuadas, sobre lo que centra su queja, máxime cuando no indica qué otras pruebas no pudo presentar, qué alegaciones no pudo hacer, en qué se infringió el artículo 87 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015).

Resulta sorprendente que una entidad como el BBVA, con servicios jurídicos corporativos propios y especializados, considere vulnerado su derecho de defensa porque no se le indicó expresamente que podía aportar justificaciones documentales junto a las alegaciones. Máxime aun cuando, como contrargumenta la contestación a la demanda del Banco de España, *« entre el Informe del Instructor en el que la recurrente afirma que tuvo noticia por primera vez de que la infracción era de carácter continuado y la Resolución Sancionadora se acordó un trámite alegaciones (folio 3868*

del EA) que fue cumplimentado por la Entidad con fecha 2 de septiembre de 2020 (folio 3.900-3.942) mediante un escrito de 42 páginas al que incorporó diversos anexos relativos a nuevas cartas confirmatorias.»

En este sentido, siguiendo lo razonado en la STS de 26 de enero de 2021 (recurso 5758/2019 (LA LEY 1931/2021)), que puede extenderse a este caso: *«En consecuencia, aunque con carácter general está previsto que se informe al obligado tributario de la acusación en el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador, el artículo 24.2 CE (LA LEY 2500/1978) no impide -y las previsiones legales existentes al respecto tampoco lo hacen- que en dicho acuerdo no se lleve a cabo una descripción completa y acabada de la acusación existente contra él siempre y cuando (1) los elementos esenciales del hecho sancionable y su calificación jurídica se comuniquen al obligado tributario en un momento posterior (y siempre antes, claro está, de la finalización del procedimiento), y (2) el interesado disponga "de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga" (STC 59/2014, de 5 de mayo (LA LEY 58689/2014), FJ 3)».*

En definitiva, sólo tienen alcance anulatorio aquellas infracciones que hayan dejado al interesado en una situación de indefensión real o material. En este último sentido, cabe recordar que constituye jurisprudencia reiterada la que mantiene que, *en las infracciones procedimentales, sólo procede la anulación del acto cuando tales infracciones supongan una disminución efectiva, real y trascendente de garantías, incidiendo en la resolución de fondo, de forma que puedan alterar su sentido. No existe indefensión si se ha tenido ocasión de alegar a lo largo del procedimiento administrativo, o en vía del recurso administrativo o jurisdiccional, todo lo que no se pudo alegar entonces o se ha dado posibilidad de probar y defenderse de las imputaciones, como ocurre en este caso que en vía de alzada presentó nuevos documentos, que se admitieron, y en sede de este recurso contencioso-administrativo ha probado y alegado, pródigamente, cuanto ha tenido por conveniente.*

2. Falta de introducción de los elementos fácticos sustento de la continuidad infractora y ausencia de conjugación racional de su concurrencia: arbitrariedad, defecto de motivación y suplementaria lesión del derecho de defensa.

2.1. Planteamiento del motivo

La demanda afirma que era imprescindible que se expresasen los hechos a partir de los cuales se obtenía la existencia del plan preconcebido o el aprovechamiento de idéntica ocasión, modalidades de la continuidad infractora, y además deben estar probados, por lo que existe una falta de motivación que da lugar a indefensión, invocando el [artículo 48.2 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), en relación al artículo 35 de la misma.

2.2. Apreciación de la Sección

Las diferentes conductas que a lo largo del expediente sancionador se discuten como incumplimientos del CBP, se reconducen a dos infracciones graves de los artículos 5.4 y 5.9 del [Real Decreto-Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#).

Siguiendo lo razonado en la STS de 4 de julio de 2023 (casación 4831/2021 (LA LEY 156380/2023)), precisamente respecto a una sentencia de esta misma Sección sobre una sanción impuesta por el Consejo de Gobierno del Banco de España, la Sala tiene ya declarado que *una infracción consistente en una omisión de actuar según lo prescrito por la autoridad competente o de acomodarse a ciertas exigencias requeridas por la normativa de aplicación ha de calificarse de continuada en tanto no se cumpla con dicha obligación de actuar. De lo contrario se estaría permitiendo incumplir de manera continuada obligaciones legales al precio de asumir una sanción por una infracción única*.

Se refiere a la sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2018 -recurso núm. 2697/2016- y otras sobre análoga cuestión - [STS de 16 de abril de 2018 \(LA LEY 31103/2018\)](#) -recurso de casación núm. 448/2016-, 3 de mayo de 2018 -recurso de casación núm. 1091/2016-, 3 de mayo de 2018 -recurso de casación núm. 2696/2016- y 28 de enero de 2019 -recurso de casación núm. 2697/2016-, en las que se dijo: «A diferencia de la infracción continuada, que exige pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos, la infracción permanente no requiere un concurso de conductas ilícitas sino una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta. STS, de 4 de noviembre de 2013 (recurso de casación núm. 251/2011 (LA LEY 174736/2013)). Como acertadamente señala el Abogado del Estado, si la persistencia en el incumplimiento no pudiera ser sancionada se estaría propiciando la impunidad pues el cumplimiento de la obligación dependería de la ponderación entre el coste del cumplimiento y el importe de la multa; y una vez impuesta la sanción el cumplimiento

de la obligación solo dependería de la voluntad del infractor sin posibilidad de ser sancionado por ello.

[...] Podemos establecer el concepto de infracción permanente en los siguientes términos: «la conducta ilícita descrita en el artículo 99 p) de la ley del Mercado de Valores se incardina en las denominadas infracciones permanentes, por cuanto, en oposición a las infracciones instantáneas, observamos que la situación antijurídica no se agota en el mero incumplimiento formal de la obligación de notificación, sino que perdura en el tiempo hasta que finalice o cese la lesión del bien jurídico protegido» (así STS de 29 de mayo de 2019 (LA LEY 68456/2019) -recurso de casación núm. 1857/2019-). O una infracción es permanente cuando se realiza «(...) una sola acción punible, pero dicha acción se caracteriza por su prolongación en el tiempo, de manera que la consumación de la infracción se inicia en el momento en el que el infractor lleva a cabo la acción típica, pero lo que pudiera denominarse el periodo de consumación no se detiene ahí sino que subsiste a partir de ese periodo inicial hasta que el infractor pone término a la conducta típica constitutiva de la infracción, de forma que la consumación de delito se perpetúa hasta que la conducta finaliza. Se ha dicho, por eso, que, en las infracciones permanentes, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, manteniéndose así la situación antijurídica hasta que el infractor le pone término» (así STS de 23 de octubre de 2015 (LA LEY 163204/2015) -recurso de casación núm. 384/2013-). O «se realiza una única acción de carácter duradero, cuyo contenido antijurídico se prolongue a lo largo del tiempo, en tanto el sujeto activo no decida cesar en la ejecución de su conducta» (así STS de 3 de mayo de 2018 (LA LEY 35866/2018) -recurso de casación núm. 1091/2016-).»

Por consiguiente, según explica el Tribunal Supremo, estamos ante una infracción permanente cuando la consumación se inicia en el momento en el que el infractor lleva a cabo la acción típica, pero lo que pudiera denominarse el periodo de consumación no se detiene ahí, sino que subsiste a partir de ese periodo inicial hasta que el infractor pone término a la conducta típica constitutiva de la infracción, de forma que la consumación de delito se perpetúa hasta que el infractor le pone término. Mientras que, constituye infracción continuada una pluralidad de acciones que infrinjan el mismo precepto, y por ello constituye un concurso real de ilícitos.

De conformidad con la jurisprudencia expuesta, es claro que, la pluralidad de incumplimientos del mismo tipo infractor, calificados todos los hechos como una única infracción de cada uno de los dos apartados del artículo 5 del RDL 6/2012 (LA LEY 4108/2012), no es un supuesto de infracción permanente.

No se atribuye en la demanda ninguna consecuencia al respecto, sin que proceda detenernos en el análisis de delito continuado y del concurso de delitos en interpretación del articulado del Código Penal, que no viene al caso.

Tampoco es apreciable la referencia a una sentencia de la Sección Sexta de esta Sala sobre intercambios de información entre empresas calificado como conducta colusoria y exigencias interpretativas del TJUE sobre defensa de la competencia, faltando el elemento comparativo al respecto.

3. Infracción del artículo 29.6 de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015)

3.1 Planteamiento del recurso

Se añade en la demanda que también incurre defecto de nulidad del artículo 48 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015), por infracción del artículo 29.6 de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015), en el cual se regula la infracción continuada como estrictamente referible a los casos de dolo (y con exclusión, por tanto, de su posible comisión imprudente).

3.2 Apreciación de la Sección

Al margen de la inaplicación al caso de la jurisprudencia penal citada sobre blanqueo de capitales, el artículo 29.6 de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015), dice, literalmente «*Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión*».

De ello deducimos dos cuestiones:

(i) Ni el precepto, ni la jurisprudencia contencioso-administrativa impiden el reproche de la continuidad infractora por imprudencia.

Como expusimos en las sentencias de esta Sección de 14 de diciembre de 2022 (recursos 131012020, 1303/2020), entre otras, «*la referencia al término "dolo" no opera a estos efectos, y como erróneamente se sostiene por el recurrente, en el distinto plano de la culpabilidad, sino en el de la voluntad del autor de la conducta infractora de mantener en el tiempo una situación antijurídica, bien en ejecución de un plan preconcebido, bien, como aquí acontece y así se apreció, aprovechando idéntica situación, lo que indudablemente permite conductas negligentes o culposas consistentes en desatender requerimientos omitiendo la diligencia debida. El propio TS ha afirmado que toda infracción continuada requiere, entre otros elementos, "la realización de una*

pluralidad de acciones con unidad psicológica y material" (SSTS de 20 de noviembre de 2007 (LA LEY 202486/2007) -recurso 1701/2003 - yde 7 de marzo de 2006 -recurso 1728/2002 (LA LEY 21350/2006)-), que es precisamente a lo que se alude en las resoluciones recurridas para rechazar esta misma alegación en vía administrativa.»

(ii) además, el precepto se refiere al principio de proporcionalidad de las sanciones

En el asunto ahora examinado, y de acuerdo a la naturaleza de los tipos aplicados, de falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones establecidas legalmente en materia del Código de Buenas Prácticas, *estamos ante una suma de conductas incumplidoras en el ámbito de los tipos aplicados en la resolución sancionadora, pero no se ha considerado cada «irregularidad» como una infracción independiente, lo que debe determinar la aplicación de la sanción proporcionada a los hechos, que es a lo que se refiere el artículo 29.6 invocado.*

Entonces, *la consecuencia de apreciar una infracción continuada en vez de pluralidad de actuaciones en diferentes procedimientos es la proporcionalidad de la respuesta punitiva*, que se examinará en el apartado correspondiente, ya que el [artículo 29.6 de la Ley 40/2015 \(LA LEY 15011/2015\)](#) no regula las infracciones administrativas, sino la proporcionalidad de la sanción a aplicar en estos casos.

DUODÉCIMO.- Prescripción.

1. Exposición del motivo.

Este motivo va referido a la infracción del [artículo 5.9 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#), sobre el cumplimiento extemporáneo (por transcurso de dos meses) de los deberes sobre información sobre la existencia y contenido del CBP. Entiende el BBVA que el *dies a quo* se sitúa cuando se comete el ilícito, a los dos meses de la obligación de cumplimiento, por lo que habría transcurrido el plazo de cuatro años previstos para las infracciones graves.

También alega que al resolver la alzada (nunca antes) el Banco de España afirma que algunas de las infracciones son de omisión mientras que otras lo son en parte de acción y en parte de omisión, lo que comporta una verdadera reformulación (otra más) de la acusación, en un momento en el que esta parte ya no puede ejercer los derechos de contradicción, defensa y prueba.

En el suplico de la demanda solicita la nulidad *«por infracción del art. 30 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LA LEY 15011/2015) y la jurisprudencia en la medida en la que se estima que las supuestas*

infracciones cometidas son imprescriptibles o se vincula su prescripción a una continuidad infractora que resulta inaplicable en el presente caso.»

2. Consideración de la Sección

La notificación del acuerdo de incoación es el 2 de agosto de 2019, y el procedimiento estuvo suspendido varios meses por el estado de alarma declarado por la crisis sanitaria del COVID-19. La interrupción del cómputo del plazo de prescripción se produce con la notificación del acuerdo de inicio del procedimiento, puesto que conforme al artículo 30.2. párrafo segundo de la Ley 40/2015 (LA LEY 15011/2015), «Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento administrativo de naturaleza sancionadora». El periodo objeto de inspección abarca entre el 1 de enero de 2016 y el 31 de diciembre de 2017.

La infracción del artículo 5.9 del Real Decreto Ley 6/2012 (LA LEY 4108/2012) incluye varias categorías de subincumplimientos, entre ellos, el ahora afectado, la información escrita sobre el CBP se facilitó a los clientes con una demora de, al menos, dos meses desde que se hicieron evidentes las dificultades en el pago de la deuda hipotecaria, lo que afectó a 66 expedientes de la muestra.

No hay ninguna información en la demanda sobre cuándo transcurre el plazo, en cada una de las contravenciones reprochadas, desde que los clientes manifiesten, de cualquier manera, dificultades en el pago de su deuda hipotecaria y el BBVA les da información escrita. Por el contrario, *la resolución sancionadora además de considerar un plazo prudencial de dos meses -más beneficioso para la entidad- indica que los últimos incumplimientos son de 2016 y 2017, y señala la imputación de dos infracciones continuadas, no la imputación de tantas infracciones como incumplimientos se han producido.*

Efectivamente, *para computar el plazo de prescripción como pretende la demandante habría que atender al momento en que se ha producido cada uno de los incumplimientos, pero el artículo 95.2 de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014) regula que « el plazo de prescripción se contará desde la fecha en que la infracción hubiera sido cometida», cada infracción, no cada subconducta o cada subincumplimiento.* El cómputo como pretende el BBVA supone individualizar tantas infracciones como incumplimientos cometidos, lo que no ha sido la posición mantenida por el Banco de España.

No se comparte que tras el recurso de alzada ya no pueda el Banco ejercer los derechos de contradicción, defensa y prueba ya que ha venido a la vía judicial, idónea para ejercer tales derechos, y para explicar en qué consiste la nulidad pretendida porque en el recurso de alzada haya referencias a infracciones de omisión y otras que lo son en parte de acción y en parte de omisión, a los efectos ahora examinados de la prescripción de la infracción del artículo 5.9.

DÉCIMOTERCERO. - Defectos de forma o trámite causantes de indefensión. Vulneración de los derechos de contradicción, defensa. Necesidad de una nueva propuesta de resolución.

1. Planteamiento

Explica la demanda que, para dotar de efectividad a los derechos de contradicción y defensa de la entidad, y para posibilitar el ejercicio de los derechos del [artículo 85 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), BBVA solicitó del Banco de España la emisión de una nueva propuesta de resolución a partir de la cual pudiera conocer con exactitud los hechos reprochables que aún subsistían y el importe de la sanción a imponer. Esa fue la razón (sobrevvenida) por la que, tras la propuesta de resolución, procedió a recabar de los clientes las confirmaciones escritas del cumplimiento de lo previsto en el [RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#).

En opinión de BBVA, la oportunidad de acreditar los términos en los que se produjo aquella información a los clientes -en un diálogo menos rígido con el órgano administrativo- pudo haberse producido en la fase de actuaciones previstas en el [artículo 55 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#). Si ese diálogo entre el órgano administrativo y la entidad se hubiera producido en términos más flexibles y colaborativos, el procedimiento administrativo sancionador se hubiera concretado desde el principio en unos precisos hechos sancionables.

Invoca la [STC 191/2001 \(LA LEY 1120/2002\)](#), la nulidad de pleno derecho del [artículo 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), infracción del [artículo 85 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), y anulabilidad del [artículo 48.1 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#).

2. Fundamento de la resolución impugnada

En primer lugar, estas alegaciones ya fueron formuladas en sus escritos de alegaciones y fueron respondidas en la resolución sancionadora.

En segundo lugar, ya desde el pliego de cargos la entidad conoció o pudo conocer las circunstancias fácticas y jurídicas que delimitan el objeto del procedimiento sancionador y sustentan la imputación de las dos infracciones sobre las que éste versa y, desde ese primer momento, la ahora recurrente formuló cuantas alegaciones estimó oportunas y aportó aquella documentación y prueba que, en su opinión, era suficiente para desvirtuar las imputaciones realizadas.

En tercer lugar, lo único que hicieron la instrucción y el órgano encargado de la resolución, es valorar la prueba aportada al expediente por BBVA, lo que permitió reducir el número de incumplimientos iniciales, pero no se alteraron los hechos reprochables, y se redujo el importe de la multa pecuniaria.

En cuarto lugar, en el procedimiento sancionador tuvo lugar la presentación, por parte de la expedientada, de nueva documentación (las cartas confirmatorias) junto con su escrito de alegaciones a la propuesta de resolución, siendo, tras la formulación de dichas alegaciones, advertida por el órgano competente para resolver (el Consejo de Gobierno del Banco de España) la necesidad de un juicio técnico adicional indispensable para la resolución del procedimiento, razón por la que se acordó la práctica de determinadas actuaciones complementarias, acorde al artículo 9.1 del RD 2119/1993 (LA LEY 4144/1993) y [artículo 87 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), cuya valoración correspondía, de nuevo, a dicho Consejo de Gobierno y, además, debía realizarse en la resolución que pusiese fin al procedimiento sancionador, y no antes ni en ningún otro acto.

Finalmente, nada obstó a la recurrente para acogerse a las reducciones del [artículo 85 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#) antes de la resolución, y la realización de actuaciones complementarias, que se efectuó en su favor y con una perspectiva garantista, en ningún momento fue un obstáculo para ello.

3. Criterio de la Sección

De nuevo se aduce, al amparo del [artículo 47.1.a\) de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#), la lesión de sus derechos fundamentales al conocimiento de la acusación, contradicción y defensa, en este caso, por haber denegado la emisión de una segunda propuesta de resolución para dotar de efectividad a los derechos de contradicción y defensa y para posibilitar el ejercicio de los derechos del [artículo 85 de la Ley 39/2015 \(LA LEY 15010/2015\)](#).

La jurisprudencia constitucional ha reiterado, como recuerda la [STC 54/2015, de 16 de marzo \(LA LEY 45449/2015\)](#), FJ 7, en relación a las garantías en el proceso

sancionador, desde la STC 18/1981, de 8 de junio (LA LEY 148/1981), FJ 2, la «aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos derivados del art. 25.1 CE (LA LEY 2500/1978), considerando que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación con ciertos matices al Derecho administrativo sancionador al ser ambas manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, y ha proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE (LA LEY 2500/1978). Ello, no solo mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto».

Asimismo, como reproduce la STC 9/2018, de 5 de febrero (LA LEY 5776/2018), en el fundamento jurídico 3 de la STC 59/2014, de 5 de mayo (LA LEY 58689/2014), se realizan una serie de consideraciones sobre la traslación de garantías al procedimiento administrativo sancionador siempre, claro está, que éstas resulten compatibles con su naturaleza y que, en relación al objeto de este recurso, cuenten con especial interés. En todo caso, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del artículo 24 CE. (LA LEY 2500/1978) Sin ánimo de exhaustividad, se pueden citar los siguientes derechos: a la defensa, que proscribe cualquier indefensión; a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; a no declarar contra sí mismo y, en fin, a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el artículo 24.2 CE (LA LEY 2500/1978) la denegación inmotivada de medios de prueba [por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero (LA LEY 1393/1998), FJ 5; 3/1999, de 25 de enero (LA LEY 210989/1999), FJ 4; 14/1999, de 22 de febrero (LA LEY 2298/1999), FJ 3 a); 276/2000, de 16 de noviembre (LA LEY 11310/2000), FJ 7, y 117/2002, de 20 de mayo (LA LEY 95962/2002), FJ 5].

La perspectiva que se apunta en este motivo no es en relación al procedimiento sancionador seguido conforme a la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) y Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre (LA LEY 4144/1993), de procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, sino por no haber dictado una segunda propuesta de resolución tras las alegaciones en el trámite de actuaciones complementarias al objeto de concretar más los hechos finalmente reprochados y la

cuantía de la multa para poder acogerse a la posibilidad de reducción por pronto pago. Esto es, pretende que se ha vulnerado su derecho de defensa y contradicción por no incluir un trámite no previsto normativamente mediante una nueva propuesta de resolución y, va de suyo, un nuevo trámite de alegaciones -, además de los tres escritos alegatorios ya realizados-, con aportación de prueba documental y pericial.

A todo esto, como razona la resolución del recurso de alzada, *la recurrente ya solicitó una nueva propuesta de resolución, la segunda, cuando presentó las alegaciones a la primera, tras lo cual se hizo uso del trámite de actuaciones complementarias del artículo 87 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015) y se dio nuevo trámite de alegaciones a la entidad.*

No puede estimarse, por tanto, ninguna indefensión causante de nulidad de pleno derecho; antes al contrario, se ha respetado sustancialmente la defensa de la parte actora que ha podido efectivamente defenderse en el nutrido trámite de alegaciones que se ha indicado cuando, tras las alegaciones de la parte actora, se dictó resolución sancionadora por el órgano competente, tal y como prevé el apartado 1 del citado artículo 87 «*Antes de dictar resolución, el órgano competente para resolver podrá decidir, mediante acuerdo motivado, la realización de las actuaciones complementarias...*», y sobre todo cuando, respecto a la cuantía de la sanción a imponer, a lo que dirige en parte la queja, le era favorable al reducir la cuantía de la multa.

La cita que se hace en la demanda de la STC 191/2001 (LA LEY 1120/2002) se refiere a la cita que, a su vez, hace la sentencia respecto a la doctrina constitucional sobre lesión de la tutela judicial efectiva en relación a los procesos contencioso-administrativos en materia de personal, ante la inexistencia de un trámite procesal que permita al recurrente en vía contencioso-administrativa oponerse a las causas de inadmisibilidad esgrimidas en la contestación a la demanda. Lo que resuelve dicha STC, en el concreto asunto sometido a consideración, es que no se produce tal lesión del derecho a la tutela judicial efectiva porque en el procedimiento de derechos fundamentales de la Ley 62/1978 (LA LEY 2486/1978) -que fue el seguido- se prevé, como otra de las especialidades procesales contenidas en la citada norma, que cuando la Administración remite el expediente administrativo a que el recurso se refiere se puedan hacer las alegaciones que se estimen procedentes. La comparativa con la repetición de un trámite procedimental en el procedimiento sancionador ya realizado, que es lo solicitado en este caso, es inconsistente.

Más adecuada parece la cita que hace el Banco de España en su contestación a la demanda. Trae a colación la sentencia de 11 de octubre de 2018, de la Sección Tercera de esta Sala de la Audiencia Nacional (recurso 137/2017), que, respecto a una sanción del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, conforme a la Ley del Mercado de Valores, en relación al reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en que la propuesta de resolución fue parcialmente modificada al aceptarse parte de las alegaciones del sancionado, y se elevó al órgano decisor, quien la hizo suya, aceptándola, consideró que no se advierte ninguna infracción del procedimiento, porque « *el hecho de que obre una propuesta reelaborada en base a las alegaciones, que sea aceptada por el órgano competente, no modifica la estructura del procedimiento, ni el hecho de que la decisión del procedimiento sea adoptada por el órgano competente, resolviendo todas las cuestiones planteadas* (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 8 Enero 2013, Rec. 4502/2009 (LA LEY 1205/2013))».

Finalmente, sobre la posibilidad de acogerse a la reducción de la sanción conforme al artículo 85 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015), en el tercer escrito de alegaciones, la recurrente hizo referencia a la reducción por pronto pago del siguiente modo: « la Entidad manifiesta desde ya su intención de acogerse a la reducción del 20% por pronto pago prevista en el art. 85.2 de la Ley 39/2015 (LA LEY 15010/2015). Por ello, se solicita que, en caso de que el Consejo de Gobierno del Banco de España no estuviera dispuesto a atender las razones aquí expuestas para emitir nuevas cartas de pago, nueva propuesta de resolución o una modificación de la Propuesta de Resolución, se advierta antes a esta Entidad, para poder acogerse a dicho derecho antes de la Resolución y posteriores recursos».

Es lo cierto que el artículo 85 de la Ley 30/2015 (LA LEY 14034/2015), exige, para la terminación del procedimiento por pronto pago, el pago voluntario antes de la resolución para que en la misma pueda reducirse el importe de la sanción -lo que no consta-; que esté determinada en la notificación de iniciación del procedimiento-información que consta en el acuerdo de incoación-; y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción -lo que no se ha hecho pues interpuso recurso de alzada-.

En síntesis, la recurrente, según puede leerse, no hizo uso de la posibilidad de reducción para que finalizara el procedimiento, que es a lo que se refiere el precepto, sino que

solicitó nueva propuesta de resolución o una modificación de la Propuesta de Resolución para poder acogerse a dicho derecho « antes de la Resolución y posteriores recursos», lo que no se compadece con la terminación del procedimiento y renuncia a los recursos que exige el artículo.

DÉCIMOCUARTO. Principio de proporcionalidad.

1. Planteamiento

Se alega por la demandante la vulneración del principio de proporcionalidad «en la ley» por el [artículo 15 del RDL 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) en la medida que contiene un tipo punitivo que califica como infracción grave, siempre y para todos los casos, lo que impide la necesaria acomodación entre la gravedad de la conducta y la sanción a imponer.

Hace un estudio comparativo con el [artículo 15 del Real Decreto-ley 5/2021, de 12 de marzo \(LA LEY 4966/2021\)](#), de medidas extraordinarias de apoyo a la solvencia empresarial en respuesta a la pandemia de la COVID-19 ([RDL 5/2021 \(LA LEY 4966/2021\)](#)) donde, sí se diferencia entre infracción leve y grave en relación con la normativa de ordenación y disciplina de las entidades conforme a lo previsto en la [Ley 10/2014 \(LA LEY 10274/2014\)](#), y con el [artículo 21 del Real Decreto-ley 19/2017, de 24 de noviembre \(LA LEY 18663/2017\)](#), de cuentas de pago básicas, traslado de cuentas de pago y comparabilidad de comisiones, normativa igualmente relacionada con consumidores vulnerables, que prevé la posibilidad de modular la sanción en los casos en que la infracción sea de carácter ocasional o aislado.

Por otrosí de la demanda se solicita el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad del [artículo 15 del Real Decreto Ley 6/2012 \(LA LEY 4108/2012\)](#) por albergar un tipo punitivo en blanco y por establecer inexorablemente (sin matices ni modulación) la incursión en infracción administrativa grave con independencia de la naturaleza o entidad de los deberes supuestamente incumplidos.

Asimismo, alega la vulneración de la «proporcionalidad en la aplicación de la ley» en cuanto a la imposición de multas por importe de 6 millones de euros, que entiende, no es acorde al número y relevancia de las supuestas conductas infractoras, teniendo en cuenta la disminución del número de expedientes afectados y la ausencia de perjuicios a los clientes, invocando el [artículo 29.3 de la Ley 40/2015 \(LA LEY 15011/2015\)](#).

Seguidamente alude al principio constitucional de "interpretación conforme", y defiende que el instructor debió reconducir la infracción genérica del citado [artículo 15 del RDL](#)

6/2012 (LA LEY 4108/2012) a las tipificaciones contenidas en los artículos 93 (infracciones graves) y 94 (infracciones leves) de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014).

Además, continuando con el principio de proporcionalidad, apunta que se deberían haber graduado las sanciones atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, y en concreto, considera incorrectamente aplicado el agravante del artículo 103.ñ) de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014).

Por último, sostiene que, respecto al incumplimiento del artículo 5.4 del RDL procedería la imposición de una multa por un importe diferente, aplicando el criterio del beneficio del artículo 98.1.a) en atención al Informe de Deloitte que aportó.

2. Apreciación de la Sección

2.1 Respecto a la regulación legal de las infracciones de los apartados 4 y 9 del Real Decreto-Ley 6/2012 (LA LEY 4108/2012) como infracciones graves el reproche se hace (i) por albergar un tipo punitivo en blanco y (ii) por establecer inexorablemente la incursión en infracción administrativa grave con independencia de la naturaleza o entidad de los deberes supuestamente incumplidos.

Respecto a lo primero, nos remitimos a lo razonado en el fundamento de derecho noveno, recordando que *el artículo 15 establece que dichos apartados tendrán la condición de normativa de ordenación y disciplina, conforme a lo previsto en la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito (LA LEY 10274/2014) -actualizada por Real Decreto-Ley 19/2022, de 22 de noviembre (LA LEY 24304/2022)-, pero no establece ninguna definición de tipos infractores.*

2.2 En cuanto a lo segundo, se alega que la calificación de infracción grave de las previstas en la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014), sin modulación, no admite la necesaria acomodación en cuanto a la entidad de la obligación, dolo o relevancia del cuidado desatendido, factores que pueden ser ponderados en la graduación de la sanción, pero no en la infracción.

Si en lugar de comparar la regulación del régimen sancionador de otras leyes, atendemos a la clasificación entre muy graves, graves y leves de la propia Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014), vemos que respecto de las dos primeras clasificaciones hay descripción específica de cada conducta infractora que se tipifica, mientras que el artículo 94 define las infracciones leves como «*el incumplimiento de preceptos de obligada observancia para las entidades de crédito comprendidos en normas de*

ordenación o disciplina que no constituyan infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores».

No hay, por tanto, en dicha descripción de los tipos ninguna posibilidad de encuadrar las conductas como grave o leve atendiendo a la entidad de la obligación, la culpabilidad, la relevancia del incumplimiento o cualquier otro factor, sino que será leve el incumplimiento no considerado infracción de mayor gravedad.

En el plano normativo que examinamos ahora, la STC 146/2015, de 25 de junio (LA LEY 104916/2015), FJ 2, recuerda que *«comporta el mandato de taxatividad o de certeza que se traduce en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas y de sus correspondientes sanciones (lex certa), en virtud del cual el legislador debe promulgar normas concretas, precisas, claras e inteligibles, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones»*. La garantía de certeza opera así, en primer término, en el momento de elaboración de la norma y tiene al órgano encargado de su producción como destinatario principal. En este plano o ámbito normativo, la vulneración del mandato de taxatividad se verifica por el Tribunal Constitucional atendiendo a la accesibilidad y previsibilidad del alcance de la norma. (STS 29 noviembre 2023 (LA LEY 324758/2023) (casación 7'90/2020)).

Sobre el principio de legalidad sancionadora del [artículo 25.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#), en relación con la tipificación de las infracciones administrativas, la STC 77/2022, de 15 de junio (LA LEY 132210/2022), resume la doctrina constitucional:

«a) Como ha recordado recientemente la STC 150/2020 , de 22 de octubre (LA LEY 153119/2020), FJ 3, en nuestro ordenamiento jurídico administrativo la administración pública tiene atribuida la potestad sancionadora y es conforme al [art. 25.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) que disponga de un margen de apreciación para aplicarlo, sujeto a la posterior revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo, la concreción de si una determinada conducta constituye una infracción de mayor o menor gravedad debe estar suficientemente predeterminada en la norma. Por tanto, un tipo infractor que traslade la calificación de la gravedad de las infracciones a un momento aplicativo posterior y externo a la previsión legal no respeta el principio de taxatividad.

Esta es una exigencia que deriva del derecho a la legalidad que incorpora el [art. 25.1 CE \(LA LEY 2500/1978\)](#) y que se ha extendido al ordenamiento administrativo sancionador. El derecho a la legalidad sancionadora, conforme a la doctrina

consolidada de este tribunal, comprende una doble garantía: "[l]a primera, de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes. La segunda, de carácter formal, se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de estas sanciones, por cuanto, como este tribunal ha señalado reiteradamente, el término 'legislación vigente' contenido en dicho art. 25.1 es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora" (por todas, STC 42/1987, de 7 de abril (LA LEY 775-TC/1987), FJ 2).

En relación con la vertiente material de este derecho, hemos puesto de relieve que "la necesidad de que la ley predetermine suficientemente las infracciones y las sanciones, así como la correspondencia entre unas y otras, no implica un automatismo tal que suponga la exclusión de todo poder de apreciación por parte de los órganos administrativos a la hora de imponer una sanción concreta", pero, en modo alguno, cabe encomendar por entero tal correspondencia a la discrecionalidad judicial o administrativa, "ya que ello equivaldría a una simple habilitación en blanco a la administración por norma legal vacía de contenido material propio" (STC 113/2002, de 9 de mayo (LA LEY 4742/2002), FJ 6).

Consecuentemente, el art. 25.1 CE (LA LEY 2500/1978) limita, no ya el ejercicio administrativo de la discrecionalidad, sino su atribución misma por parte del legislador. En particular, para el caso de leyes que remiten la calificación de las infracciones como leves, graves o muy graves a un órgano administrativo, hemos declarado que "la graduación de las sanciones o calificación ad hoc de las infracciones no resulta acorde con el principio de taxatividad en cuanto que no garantiza mínimamente la seguridad jurídica de los ciudadanos, quienes ignoran las consecuencias que han de seguirse de la realización de una conducta genéricamente tipificada como infracción administrativa" (SSTC 166/2012 de 1 de octubre (LA LEY 148895/2012), FJ 5 ;10/2015 de 2 de febrero (LA LEY 7183/2015), FJ 3, y las que allí se citan).

b) En aplicación de la doctrina expuesta sobre la garantía material, este tribunal ha declarado inconstitucionales aquellas normas que, clasificando las infracciones en varias categorías de gravedad, no establecían qué concretas conductas de las tipificadas se incardinaban en cada una de ellas.

[...] La citada STC 150/2020 (LA LEY 153119/2020), FJ 4, estimó que el precepto transcrito era similar a los declarados inconstitucionales en las SSTC 166/2012 (LA LEY 148895/2012) y 10/2015 (LA LEY 7183/2015), dado que se limitaba a enumerar unos criterios en función de los cuales la administración podrá decidir si la infracción es leve, grave o muy grave, pero sin establecer ninguna relación entre la concurrencia de dichos criterios y la calificación de la infracción en alguno de los tres grados que prevé. Subrayaba que lo decisivo es que el ciudadano pueda, no solo identificar de antemano qué conductas son sancionables, sino conocer con la precisión suficiente cómo van a castigarse. Concluyó así que la norma adolecía de previsibilidad suficiente en la consecuencia jurídica asociada a la conducta infractora.»

Recapitulando, el precepto legal ahora cuestionado, que tipifica como graves unas determinadas conductas, no sólo cumple la taxatividad exigida por el artículo 25.1 CE (LA LEY 2500/1978), sino que, tratándose del cumplimiento de las medidas urgentes del Código de Buenas Prácticas para la reestructuración viable de las deudas con garantía hipotecaria a deudores sin recursos, situados en el umbral de exclusión, personas de especial vulnerabilidad, y, examinando el resto de incumplimientos tipificados en el artículo 93 de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014) como infracciones graves, no tenemos ninguna duda de constitucionalidad que necesite de una decisión del Tribunal Constitucional para dictar sentencia.

2.3 En cuanto a la infracción del principio de proporcionalidad en la graduación de las sanciones atendiendo a las circunstancias agravantes y atenuantes concurrentes, ha de aclararse que los criterios de ponderación previstos legalmente en el artículo 103 de la Ley 10/2014 (LA LEY 10274/2014), no son circunstancias agravantes o atenuantes al estilo del Código Penal, por lo que no deben aplicarse todos, ni en todo caso.

Como razona la STS 18 de octubre de 2006, (recurso 200/2004 (LA LEY 129113/2006)): «Las que en la demanda se denominan "atenuantes" en realidad no son tales sino criterios de graduación para imponer en cada caso, a tenor del artículo 14 [LDIEC (LA LEY 1563/1988)] antes citado, las sanciones aplicables por la comisión de infracciones en materia de disciplina de entidades de crédito. El precepto obliga a tomar en consideración aquellos criterios de los que no pueden reputarse, sin más, como beneficiosos para los infractores, en el sentido que proponen los demandantes, los que dejen de concurrir en un supuesto dado.»

La crítica se concreta en lo siguiente:

- Circunstancia del inciso ñ) «La conducta anterior del infractor en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años». Se ha aplicado como agravante al haber sido sancionada la entidad por incumplimiento de normas de ordenación y disciplina mediante resolución firme de 30 de noviembre de 2018.

Es cierto, como dice la recurrente, que no procede su aplicación automática, en todo caso, pero no cabe discutir que *existiendo tal sanción firme su consideración no contradice la norma, sin que se exija una ponderación de la conducta anterior, objeto de la resolución firme, sino la existencia del criterio normativo para aplicar la circunstancia*

- Se expone en la demanda que respecto a los criterios que aconsejan moderar el reproche disciplinario (o atenuantes), señala el Instructor que la conducta infractora lo ha sido a título de mera culpa (no dolo), la colaboración con el supervisor y, parcialmente, la subsanación de las irregularidades cometidas. Se trataría de los criterios de los apartados b) «El grado de responsabilidad en los hechos», k) «El nivel de cooperación con la autoridad competente» y h) «La subsanación de la infracción por propia iniciativa del infractor».

La demandante dice que se debería aplicar esta última atenuante en su totalidad, no parcialmente, porque estaba en continuo proceso de transformación y digitalización para, entre otras, optimizar la conservación de la documentación y acomodarse plenamente al criterio supervisor y a las exigencias del RDL. Añade que se debería aplicar como atenuante que no procede tampoco considerar la existencia de daños y perjuicios por cuanto, tal y como constatan los propios supuestos perjudicados en las Cartas de confirmación, no se ha producido a los clientes ningún daño susceptible de reparación.

El Tribunal Constitucional ha señalado, en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo (LA LEY 17416/2007), que *para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida.*

En este caso, *la resolución sancionadora ha rebajado la cuantía de la sanción respecto a la propuesta por el instructor: por la infracción del artículo 5.9 se rebaja de 6 millones de euros de la propuesta a 4 millones de euros; por la infracción del artículo*

5.4, se rebaja de 4 millones de euros a 2 millones, motivando explícita y detalladamente los criterios que resultan de aplicación para la determinación de las sanciones correspondiente, la concurrencia de la agravante y de las atenuantes aplicadas, que se analizan y se ponderan minuciosamente, y razonando que debe tenerse en cuenta todo lo expuesto, así como las conclusiones que, desde el punto de vista fáctico, se han alcanzado y que « como resultado de la prueba practicada en el trámite de actuaciones complementarias, rebajan la imputación inicial realizada por la Instrucción en su Propuesta.»

A pesar del reproche de la demanda a los criterios tenidos en cuenta, no expone la incidencia de cada circunstancia en la cuantificación de la multa final, criterios que, como explica la resolución impugnada citando el criterio de la STS de 27 de octubre de 2004 (LA LEY 104/2005) (casación 4571/1991), « (...) no existe ninguna relación aritmética sobre la utilización de uno o más criterios legales -los de graduación- y la gradación de la sanción, ya que ésta depende de la importancia que se le otorgue en el caso concreto a cada uno de los criterios empleados"».

En suma, se considera que *la resolución sancionadora se encuentra más que suficientemente motivada respecto de las razones que llevaron a la fijación de aquella cuantía para las multas impuestas al recurrente.*

Dados los márgenes para graduar las multas que correspondían, debe entenderse que la apreciación de los criterios de ponderación efectuada por el Banco de España a partir de la valoración razonable de la conducta y de las circunstancias concurrentes, han dado lugar a una cuantía que se encuentra muy alejada del límite máximo que supone el 5% del volumen neto de negocios anual total de la Entidad (433,7 millones de euros), y, en definitiva, se acomoda a las exigencias del principio de proporcionalidad.

2.4 Por último, sostiene el BBVA que, respecto al incumplimiento del artículo 5.4 del RDL, procedería la imposición de una multa por un importe diferente, aplicando el criterio del beneficio del artículo 98.1.a) en atención al Informe de Deloitte que aportó.

La resolución sancionadora, entre los criterios del [artículo 98 de la Ley 10/2014 \(LA LEY 10274/2014\)](#), acude al apartado b) criterio del volumen neto de negocios. Razona que la expedientada reconoce que, por la propia naturaleza de la infracción de que se trata, no ha sido posible determinar el beneficio derivado de la infracción relativa al artículo 5.9, de modo que sobre dicho beneficio no desarrolla, en consecuencia,

actividad probatoria alguna, siendo así que tal beneficio queda fuera del objeto del mencionado informe de Deloitte.

En cuanto a la infracción del artículo 5.4, entre los diferentes hechos constitutivos, se encuentra fijación de un plazo de amortización superior o inferior al de 40 años. Además de lo razonado en el fundamento de derecho décimo sobre el valor probatorio de este informe de parte, y que el informe dice que *«únicamente tendrá impacto en el Banco una vez finalice el periodo de carencia y se determinen las nuevas cuotas de amortización de capital del préstamo en función de la duración del mismo. En consecuencia, la infracción concreta analizada en este apartado no habría supuesto beneficio alguno para BBVA en el Periodo de Análisis.»*, la resolución sancionadora explica que conforme a las alegaciones de la expedientada, la cuantificación del beneficio no puede hacerse todavía, porque ese beneficio sólo podrá determinarse una vez haya transcurrido determinado plazo todavía no vencido, y coincide con la Inspección en que, en el momento relevante para ello, que es el momento en el que procede decidir sobre qué criterio para la determinación de la sanción se aplica, dicho beneficio no puede calcularse.

En la demanda se elude tal consideración de que no consta en el expediente, ni se ha aportado por la expedientada, cuantificación alguna de los beneficios derivados del grupo de incumplimientos relativos al plazo de amortización, limitándose a reiterar que *«el resultado de ese cálculo es cero en el momento procesal en el que nos encontramos»*, lo que viene a corroborar la imposibilidad de aplicar el criterio del apartado a) para calcular la multa, que exige poder cuantificar el importe de los beneficios derivados de la infracción.

Para concluir, de los anteriores planteamientos se deduce la desestimación del recurso contencioso-administrativo y la confirmación de las resoluciones recurridas.

DÉCIMOQUINTO.- Por lo que se refiere a las costas, a tenor del [artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa \(LA LEY 2689/1998\)](#), deben imponerse a la entidad demandante al haber desestimadas todas sus pretensiones.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, SA, (BBVA)** contra la resolución de 16 de julio de 2021, dictada por la Subsecretaria de Asuntos Económicos

y Transformación Digital, por delegación de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España, de 26 de octubre de 2020, por la que se impuso a la entidad sanción de multa por incumplimiento de las obligaciones previstas en los apartados 4 y 9 del artículo 5 del Real Decreto 6/2012 de 9 de marzo (LA LEY 4594/2012), de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos, por ser dichas resoluciones, en los extremos examinados, conformes a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte demandante.

Así se acuerda, pronuncia y firma.

Recursos: La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su **notificación**; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, así como la constitución del depósito de 50€, en caso preceptivo, en la cuenta del B. Santander 2605000000, más el número de procedimiento y año.