

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE DICIEMBRE DE
2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 421/2012
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto Impugnado: Orden Ministerial de 2 de octubre de 2012 que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 27 de marzo de 2012.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 421/12 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Dña. E.M.G., en nombre y representación de la entidad EURODEAL AGENCIA DE VALORES, S.A., contra Resolución de fecha 27 de marzo de 2012 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre sanciones en materia de la C.N.M.V.; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 19 de septiembre de 2012, este recurso, admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPlico, Que, teniendo por presentado este escrito, lo admita, tenga por formalizada DEMANDA en el recurso interpuesto y, previos los trámites legales, dicte, en su día, Sentencia por la que, de conformidad con las alegaciones de esta parte Anule la resolución impugnada, con expresa condena en costas a la Administración demandada."

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual pasó a contestar la demanda, oponiéndose a ella, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 4 de junio de 2013 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante Providencia de fecha 10 de diciembre de 2013 se señaló para votación y fallo el día 17 de diciembre de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Orden de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de 2 de octubre de 2012, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la hoy actora, Eurodeal Agencia de Valores, S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 27 de marzo de 2012, por la que se impuso a la demandante, entre otras, dos sanciones por:

1º.) Infracción grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la falta de procedimientos y sistemas de gestión de órdenes a los que se refiere el apartado 1 del artículo 79 sexies de la misma Ley, siendo el importe de la sanción 10.000 euros (diez mil euros).

2º.) Infracción leve del artículo 101.2 b) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido en relación con Proteus Inversiones, S.L., la obligación prevista en el artículo 79 TER del mismo texto legal. Importe de la sanción 8.000 euros (ocho mil euros).

SEGUNDO.- La parte actora alega los siguientes motivos de recurso:

- En primer término prescripción de las infracciones con arreglo al artículo 132 de la Ley 30/92 y artículo 7 de la Ley 26/1988.

- En relación a la sanción grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1988, por la falta de procedimiento y sistemas de gestión de órdenes a los que se refiere el apartado 1 del artículo 79 sexies de la misma ley entiende la actora que la conducta descrita en la Resolución administrativa carece de tipicidad ya que no se prueba si quiera que existieran en las fechas tomadas en consideración valores en el mercado al precio y en el momento solicitado por el cliente. Niega que existiera demora en la ejecución de órdenes de las Sociedades.

- En relación a la sanción leve del artículo 101.2 b) de la Ley 24/1988, por haber incumplido en relación con Proteus Inversiones, S.L. la obligación prevista en el artículo 79 TER.

- Vulneración de los principios de intervención mínima, defensa y proporcionalidad.

TERCERO.- Comenzando por la prescripción alegada, afirma la actora que las infracciones imputadas habrían prescrito, al haber transcurrido los plazos que la Ley prevé tanto para la sanción leve como para la sanción grave, pues desde el 31 de marzo de 2007, fecha que considera como *dies a quo* hasta la incoación del expediente sancionador, habrían transcurrido sobradamente los seis meses, respecto de la infracción leve, o dos años respecto de la infracción grave, previstos al efecto.

La Ley del Mercado de Valores regula la prescripción en su artículo 98, cuyo apartado primero dispone:

"1. En materia de procedimiento sancionador, resultará de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su desarrollo reglamentario, con las especialidades recogidas en los artículos 21 a 24 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como en esta Ley y su desarrollo reglamentario.

Igualmente será aplicable en el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores lo dispuesto en los artículos 7, 14 y 15 de la citada Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como, en relación con las entidades comprendidas en el número 1 del artículo 84 de esta Ley, lo previsto en el artículo 17 de aquélla."

En este caso se comprueba que, en efecto, tanto la primera como la segunda de las infracciones merecen el calificativo de continuadas; en concreto, y como señala la resolución sancionadora, dado que el período analizado por el Departamento de Supervisión sobre la operativa de Eurodeal en el que se detectaron desfases entre el momento de la recepción de las órdenes recibidas y el momento de introducción de las mismas fue entre el 21 de abril de 2008 y el 31 de octubre de 2008, resulta que si tomamos en consideración esta última fecha es claro que no había transcurrido el plazo de prescripción que para las infracciones graves se establece en la LDIEC, cuando se incoó el procedimiento, el día 14 de octubre de 2010 y, por lo tanto, la infracción no había prescrito.

Y lo mismo hemos de concluir respecto de la otra infracción, toda vez, que a 31 de octubre de 2008 igualmente se seguía prestando el servicio de gestión de carteras ofrecido al mencionado cliente (Proteus Inversiones, S.L.); por lo que al no constar siquiera en el expediente que hubiese cesado la recurrente en dicha conducta en esa fecha, no sólo no habría transcurrido el plazo de prescripción, sino que ni siquiera podría haberse iniciado su cómputo.

De ahí que desestimado debe quedar este primer motivo de recurso.

CUARTO.- Sobre la vulneración del principio de tipicidad en relación con la infracción grave, señala la recurrente que ejecutó todas las órdenes de las SICAV a los precios y en el número solicitada por ellas; que no existe siquiera prueba sobre que existieran valores en el mercado, al precio y en el momento solicitado por el cliente; amén de la inexistencia de perjuicios que la Inspección ha declarado que no puede probar.

Pero tampoco tales alegaciones pueden alcanzar el éxito pretendido por las siguientes razones:

- Alterando el orden propuesto por la actora, hemos de comenzar por decir que no resulta necesario para la apreciación del incumplimiento de las obligaciones de las que aquí se trata el hecho de haber prueba de perjuicios a terceros, toda vez que el tipo legal

no lo exige y, por ello, no es necesario probar su existencia. Precisamente por ello, como se dice en la Resolución impugnada, inicialmente se calificó la infracción en cuestión como muy grave, exigiéndose entonces sí la existencia de un perjuicio, si bien al no constatarse perjuicio se cambió el tipo de infracción, siendo calificada la conducta de la actora como grave. En este sentido la Resolución de la CNMV señala:

"No obstante, y para dar por cumplido el tipo infractor inicialmente imputado, la conducta detectada debería haber sido no ocasional o aislada y haber generado un perjuicio, requisitos éstos que no se pudieron dar por cumplidos, y ello por encontramos ante una muestra clara de cuatro casos que probablemente se produjeron en diferentes meses pero que no fue posible acreditar de forma fehaciente y porque aunque hubiese existido un perjuicio para los clientes a los que no se les ejecutó las órdenes de forma secuencial y rápida tampoco fue posible determinar el mismo.

En consecuencia, y ateniéndonos como no puede ser de otra manera al carácter garantista que debe cumplir todo procedimiento administrativo sancionador respecto del administrado por las consecuencias que desprende en su aplicación y los efectos que produce sobre las personas, la conducta objeto de análisis no encajó en el tipo infractor inicialmente determinado, siendo necesario acudir al tipo que recogía la conducta detectada como susceptible de calificación grave, en concreto, el artículo 100 t) de la LMV, no sin antes realizar el oportuno examen que requiere dicho tipo una vez que el mismo fue modificado por la entrada en vigor de la LES, el 4 de marzo de 2011.

Así, el tipo infractor con anterioridad a la LES calificaba como grave "la inobservancia por quienes prestan servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones previstas en los apartados 2 y 3 del artículo 70 ter, o en los artículos 70 quater, 79, 79 bis, 79 ter, 79 quinquies y 79 sexies, cuando no constituya infracción muy grave". Por su parte, tras la modificación introducida por dicha Ley la redacción ha quedado como sigue "la inobservancia ocasional o aislada por quienes presten servicios de inversión de las obligaciones, reglas y limitaciones previstas en el artículo 70 ter, 2 y 3, o en los artículos 70 quater, 79, 79 bis, 79 ter, 79 quinquies y 79 sexies".

Pues bien, tal y como se desprende de los artículos transcritos, el tipo grave recogido en el artículo 100i) de la LMV, tanto en su redacción anterior a la entrada en vigor de la LES como con posterioridad, presenta como elemento diferenciador respecto de su tipo cualificado el hecho de que la inobservancia de la obligación se haya producido de forma ocasional o aislada, antes referenciándolo al caso en que no constituyera infracción muy grave, la cual exige la ausencia de ocasionalidad, y ahora definiéndolo expresamente en el propio texto legal. Así, en caso de que la conducta no fuera ocasional o aislada, ésta podría ser considerada infracción muy grave, siendo calificada como grave si no fuera.

Aclarado esto, y habiéndose reconocido anteriormente que los casos analizados en el marco de la supervisión realizada por los Servicios de esta Comisan acreditaban el incumplimiento por parte de Eurodeal de la obligación de disponer de los medios que permitieran la rápida y correcta ejecución de órdenes al objeto de cumplir con su debida diligencia y transparencia en interés de sus clientes, pero que no resultaban ser suficientes para que la conducta imputada fuese constitutiva de infracción muy grave y la imposición de la sanción correspondiente en la Propuesta de Resolución".

- Respecto del cumplimiento en tiempo y forma de las órdenes de las SICAV, como acertadamente señala la Resolución, todos los valores negociados en las sesiones analizadas (ACS, TEF, FCC, POP) ofrecían una alta liquidez al tratarse de acciones de empresas españolas que forman parte del índice ibex-35, el cual concentra la mayor parte del negocio habitual de la bolsa española y permite conseguir de forma fácil una contrapartida de compra o venta en el mercado, pero es que además el hecho que demuestra que no había problemas de liquidez en el mercado es que la agencia operaba sobre los mismos valores y en las mismas fechas con otro de sus clientes, Proteus, existiendo un alto grado de confluencia de operaciones y existiendo numerosas aplicaciones entre ambos. En todo caso, lo que la normativa del mercado de valores establece en relación con la correcta gestión y ejecución de órdenes es la introducción de órdenes de forma "secuencial y rápida" (no "simultánea e inmediatamente" como sigue insistiendo el recurrente en su demanda), que permita el envío de las órdenes al mercado de acuerdo con los procedimientos internos establecidos según la clase y naturaleza de cada orden.

QUINTO.- Respecto de la infracción leve tipificada en el artículo 101.2 b) LMV la actora sigue sin desvirtuar las conclusiones a las que llegó el Departamento de Supervisión a raíz de la documentación solicitada y, en concreto, de la documentación soporte de todas las órdenes cursadas por PROTEUS sobre instrumentos financieros en determinados días (tres) seleccionados como muestra y acerca de lo cual la hoy actora se limitó a aportar determinados documentos sobre las operaciones realizadas por el cliente pero firmados con posterioridad a la ejecución de las órdenes.

La actora sigue, pues, sin desvirtuar las valoraciones de la CNMV que encuentran pleno soporte probatorio en los correos aportados por la propia recurrente como respuesta a la petición de justificantes de las operaciones de PROTEUS así como en los correos remitidos por esta última en los que efectivamente se constata que existían una serie de pautas a seguir por la Agencia recurrente en la contratación de diferentes valores, pero sin predeterminarse precios o condiciones de ejecución de las operaciones, por lo que el servicio prestado por la actora mal podía ser calificado como de mera intermediación.

SEXTO.- Tampoco, no cabe apreciar la genérica alegación relativa a la vulneración de determinados principios que en ningún caso aparecen vulnerados en el expediente y que efectivamente han servido, y deben servir, como límite de la potestad sancionadora que nuestro ordenamiento jurídico reconoce a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, amén de las facultades de supervisión e inspección de las que en este caso no aparece tampoco vulnerado límite legal alguno.

Por último, tampoco ha sido vulnerado el principio de proporcionalidad que también se invoca en la demanda, una vez constatado que efectivamente fueron valoradas por la propia CNMV todas y cada una de las circunstancias concurrentes para cuantificar las sanciones finalmente impuestas que, además, aparecen debidamente motivadas al justificar de forma expresa los criterios tomados en cuenta para la imposición de las sanciones en los términos pormenorizados que constan en los fundamentos jurídicos de la resolución impugnada, trasunto de los contenidos en la propuesta de resolución

formulada en su día, donde ya se especificaron los razonamientos que han conducido a subsumir los hechos que se declaran probados en dicha resolución la impugnada en las normas sancionadoras efectivamente aplicadas y de las que la actora ha tenido en todo momento oportuno conocimiento y oportunidad de contradicción como lo demuestra la existencia misma de este recurso contencioso-administrativo.

SÉPTIMO.- De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa impugnada por su conformidad a Derecho.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, debe condenarse a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad EURODEAL AGENCIA DE VALORES, S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 27 de marzo de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.