

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE DICIEMBRE DE
2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 705/2012
Ponente: D. Javier Eugenio López Candela
Acto Impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 2 de octubre de 2012 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 3 de abril de 2012
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintitrés de diciembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 705/12 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., siendo asistida por los letrados Sres. M.P. y T M.M., contra Resolución de fecha 2 de octubre de 2.012 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Orden Ministerial de 3 de abril de 2012 que impone a la actora una sanción de multa de 70.000 euros, en materia de mercado de valores, 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 11 de diciembre 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, interesando la anulación de la resolución impugnada, o subsidiariamente degradar la sanción impuesta a leve, con reducción de la multa económica, 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 paso a contestar la demanda, oponiéndose a ella, e interesando la confirmación de la resolución impugnada, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 21 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 se señaló para votación y fallo el día 3 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 el Ilmo Sr. Magistrado D. Javier Eugenio López Candela, el cual expresa la opinión de la Sala.

La cuantía del procedimiento es de 70.000 euros.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de fecha 2 de octubre de 2.012 del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro, por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la Orden Ministerial de 3 de abril de 2.012 que impone a la actora una sanción de multa de 70.000 euros, en materia de mercado de valores por infracción muy grave, del art.99.I de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la falta de procedimientos, políticas o medidas a que se refieren los apartados 1 y 2 del art.70 ter del mismo texto legal, y el incumplimiento o llevanza con vicios esenciales de la obligación de llevanza de los registros establecidos en el apartado 1.e) dl art.70 ter.

SEGUNDO.- Son hechos acreditados que constan documentalmente en el expediente administrativo que la actora, EURODEAL, AGENCIA DE VALORES S.A, que la recurrente tiene un programa de actividades inscrito en la CNMV con fecha 29.8.2000, que incluye la recepción, transmisión y ejecución de órdenes por cuenta de terceros, gestión discrecional de carteras de inversión según mandatos de inversores y mediación por cuenta directa e indirecta del emisor en la colocación de emisiones y ofertas públicas de venta.

Que conforme del resultado del informe de supervisión practicado sobre dicha Agencia ha incurrido en determinadas deficiencias observadas respecto a los siguientes controles:

- En la operativa intradía realizada por sus clientes de intermediación siendo así que los controles que mantenía dicha agencia resultaban insuficientes e inconcretos.
- En la actividad de los agentes de EURODEAL.
- En las operaciones confluentes entre clientes.
- En los registros de órdenes de clientes y en el archivo de justificante de las mismas. Y en concreto respecto del Agente P.J., y de los clientes PROTEUS y dos SICAV.

Por estos hechos, tras la actividad inspectora realizada, y en virtud del mencionado informe del Departamento de Supervisión de 3 de mayo de 2.010, referida a la situación a 31.3.2007, se incoa procedimiento sancionador en fecha 14 de octubre de 2.010 por acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Con anterioridad mediante escrito de 20 de junio de 2.008 se ordenó la subsanación de determinadas deficiencias, lo que fue contestado en fecha 15.9.2009, practicándose nuevo requerimiento de 19.1.2009 al objeto de comunicar diversos hechos que requerían inmediatas rectificaciones o mejoras, siendo contestado de nuevo el 4 y 9 de marzo de 2.009. En fecha 2 de junio de 2.009 tuvo lugar un nuevo requerimiento, hasta

que finalmente se entendieron subsanadas las deficiencias. Dicha documentación fue incorporada al expediente sancionador.

De la documentación incorporada se dio traslado a la actora que presentó sus alegaciones el 12.11.2010. En fecha 15 de diciembre de 2010 se formula pliego de cargos, contestado por la recurrente en fecha 24.1.2011. En fecha 20 de junio de 2011 se solicitó por los instructores la ampliación del plazo para resolver el expediente sancionador y así fue acordado por acuerdo de 22 de ese mismo mes del Comité Ejecutivo. El 9 de febrero de 2012 el Comité ejecutivo eleva propuesta de resolución al Consejo de la CNMV. Previo informe favorable del Comité consultivo el expediente concluyó con la imposición de una falta grave y otra leve por resolución de 27 de marzo de 2012 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), y la infracción muy grave por Orden de 3 de abril de 2012 del Secretario de Estado de Economía, por delegación del Ministro, con multa de 70.000, euros, que fue confirmada en reposición por la resolución impugnada de 2 de octubre de 2012, y es la que constituye objeto del presente recurso, mientras que la infracción grave y leve lo es del recurso 421/2012.

TERCERO.- La parte actora alega diversos motivos de impugnación en el escrito de demanda, recogidos tanto en el apartado de hechos como de los fundamentos de derecho, que reducen los expuestos en la vía administrativa, y que ordenaremos y analizaremos siguiendo un orden lógico:

A/ En primer lugar, para alegar la falta de tipicidad de la conducta sancionada, que se traduce en la inexistencia de perjuicios derivados de la falta de control imputada en la resolución impugnada. Pero lo cierto es que este motivo no puede prosperar, toda vez que no resulta necesario para la apreciación del incumplimiento de las obligaciones que corresponden a la actora la existencia de prueba de perjuicios a terceros, sancionándose una conducta de riesgo o puesta en peligro, y, por ello, no es necesario probar la existencia de daño concreto a un cliente.

B/ En segundo lugar, respecto a la falta de prueba de cargo, y mediante la remisión al folio 870 y ss de las alegaciones al pliego la actora pretende desconocer el valor probatorio de los informes emitidos por los órganos técnicos de la CNMV, pero lo cierto es que a los mismos ha de otorgarse una presunción de certeza derivada de la especial preparación y objetividad de los miembros que los evacúan, con independencia de su condición funcional o no, habiéndose practicado la misma conforme a lo previsto en el art.85 de la LMV y art.12 del RD 1398/1993, por lo que pudo anteceder, sin obstáculo de legalidad al expediente disciplinario, reconociéndose por el Tribunal Supremo el valor probatorio de estas actuaciones previas de supervisión (STS 18.10.2006, recurso 331/2004, STS 22.5.2003, recurso 6245/98). Tampoco puede decirse que fuese necesario el trámite de audiencia previo a la evacuación del informe de supervisión, a diferencia de la que requiere el procedimiento sancionador, en la que sí se respetó dicha garantía. No obstante, la actora conoció las irregularidades detectadas de las que se le dio traslado continuamente en las actuaciones previas al expediente sancionador.

C/ Tampoco puede invocarse que la actora haya subsanado las deficiencias observadas en el informe de supervisión, toda vez que ello es consecuencia necesaria de dicha supervisión, pero no impide que si se ha producido un ilícito sancionador pueda la CNMV incoar el oportuno expediente.

D/ Respecto de las deficiencias concretas, procedemos a su examen:

1.- En cuanto a la falta de control de la operativa intradía el Informe de supervisión ha puesto de relieve que la operativa realizada en muchas ocasiones, tenía un volumen muy superior al saldo y patrimonio disponible de los clientes, lo que la actora no ha desvirtuado. Además, los órganos de dirección no habían tomado decisiones para fijar límites de riesgo a clientes. En cuanto al documento a que alude la actora de 17 de enero de 2005 no consta que hubiese sido seguido por la agencia. ni tuvo un documento de desarrollo, tal como ha revelado el informe de Supervisión.

2.- En cuanto al control de la actividad de los agentes de EURODEAL debe decirse que el manual del procedimiento al que se alude no recogía suficientemente un adecuado control sobre las operaciones efectuadas por la recurrente, y en este sentido se expresa la resolución impugnada, lo que supone una infracción del art.65.bis 3 y 4 de la LMV y art.24.2 del RD 867/2001 y art.25.2 del RD 217/2008, así como de la norma 13ª de la Circular 1/98. Respecto del citado Manual de procedimientos, no consta un desarrollo de ese documento, el cual recogía unas líneas generales de actuación, sin concretar tiempo, modo y personas encargadas de llevar ese control o de documentar dichos controles.

3.- Sobre el control de las operaciones confluentes entre clientes: la actora alega la inexistencia de un concreto conflicto de interés. Ello queda igualmente desvirtuado por dicho informe cuando pone de relieve las deficiencias observadas respecto de las operaciones confluentes entre los clientes Proteus y las dos SICAV, lo que supone una vulneración de los art.45 del RD 217/2008 y 70 quater de la LMV, así como la falta de medios de control para prevenir y gestionar los posibles conflictos de interés.

4.- En cuanto a los registros de órdenes de clientes y archivo de justificantes de las mismas: el informe de supervisión ha puesto de relieve que se ha incumplido el art.70 ter de la LMV y art.33 del RD 217/2008, en relación con la falta de control respecto de los registros de órdenes y archivos de justificantes de un agente y tres clientes (Proteus y las SICAV KGINVES 15 Y KGINVES102), no presentando la Agencia la documentación soporte de 176 órdenes, además de no disponer de la grabación de las órdenes por vía telefónica, lo que admite la actora en su escrito de 3.7.2009.

En resumen, no existía una llevanza adecuada de un registro ordenado de su actividad y organización interna, que garantice un seguimiento de la eficacia de los sistemas que permitan adoptar las medidas necesarias para subsanar las deficiencias que pudieran surgir, debiendo disponer de un procedimiento de control adecuado para la detección de riesgos (art.67.2.h LMV, art.14.1.f del RD 867/2001), lo que supone la acreditación de la infracción prevista en el art.70 ter, nº1 y 2 antes mencionado.

E/ En cuanto a la infracción del principio de intervención mínima y de proporcionalidad, se ha de rechazar igualmente; la sanción impuesta por la mencionada infracción muy

grave se ha impuesto en grado mínimo y respeta el límite máximo previsto en el artículo 102 de la Ley 24/1988, y que puede alcanzar la cifra de 600.000 €. Por otro lado, se ha valorado igualmente, como hemos dicho antes la inexistencia de perjuicio concreto producido respecto de algún cliente. En consecuencia, tampoco debe prosperar este motivo.

CUARTO.- 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:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad EURODEAL AGENCIA DE VALORES, S.A., contra la resolución impugnada en autos y expresada en el fundamento de derecho primero de 2 de octubre de 2.012 del Ministerio de Economía y Competitividad que expresamente se confirma.

SEGUNDO.- Condenar a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, por lo que resulta firme, 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.