

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE DICIEMBRE DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso núm.: 6291/2021

Ponente: D.ª María Isabel Perelló Doménech

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 24 de junio de 2021.

Fallo: Admisión

En Madrid, a 1 de diciembre de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 24 de junio de 2021, sentencia desestimatoria del recurso n.º 286/2018, interpuesto por la entidad Gestión de Patrimonios Mobiliarios, Agencia de Valores, S.A. contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad (por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad) de 18 de enero de 2018, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de Gobierno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 1 de junio de 2017, que impuso a la recurrente una multa de 75.000 € por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99. l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) [actualmente, artículo 283.3 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV)], por la llevanza con vicios esenciales de los registros obligatorios previstos en el artículo 70 ter 2.e) del mismo texto legal; y por la que se le impuso una multa de 200.000 € por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.q) LMV (actualmente, artículo 278.2 TRLMV), por el incumplimiento de la restricción de actividad previsto en el artículo 64.7 del mismo texto legal (actualmente artículo 144.1 TRLMV).

En lo que a este recurso de casación interesa, y en lo relativo a la primera de las infracciones, en relación con la vulneración del principio de tipicidad, la sentencia razona "[...] que la tipificación de la conducta realizada por GPM resulta del artículo 70 ter 2 e) de la LMV recoge, entre los requisitos exigidos de organización interna de las Esis, el de la llevanza de registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros que presten a sus clientes. Y el incumplimiento de dicha obligación supone la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99 l) de la LMV, al recoger como tal "(...) el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstos en dicho artículo 70 ter (...)". No queda, por tanto, interpretación alguna respecto del tipo infractor aplicable al caso, pudiendo ser cuestionado, únicamente, si el incumplimiento detectado puede ser calificado como grave o muy grave, circunstancia ésta que queda aclarada una vez se ha analizado si la conducta de GPM fue ocasional o aislada, que en este caso, al no serla, lleva a calificar la conducta de GPM como infracción muy grave". Y en relación a la invocación de retroactividad de la norma más favorable, al considerar la recurrente que al existir una norma posterior -el artículo 283.3 del TRLMV- que no considera incluida como infracción muy grave los vicios esenciales en la llevanza de los registros, la sentencia razona que "[...] lo establecido en el TRLMV no le puede resultar más beneficioso a GPM respecto de la norma que le resultaba de aplicación -la LMV-, porque dicho texto refundido viene, únicamente, a simplificar, clarificar y armonizar el conjunto normativo aplicable a los mercados de valores, sin modificar el contenido de su articulado respecto de los textos que refunde". Y añade que, "[...] en virtud de la doctrina ultra vires, según la cual son nulos los actos de las entidades públicas o privadas que rebasan el límite de la ley, la alegación de la parte recurrente pretendiendo una hipotética retroactividad mediante un juego entre norma legal delegante y texto refundido, carece de virtualidad anulatoria. El texto refundido de la Ley del Mercado de

Valores no puede alterar el contenido material de la norma que refunde, que el artículo 185 del TRLMV no contiene requisitos de organización interna sino que estos están recogidos en el artículo 193 del TRLMV y que el artículo 99 l) de la LMV remitía al artículo 70 ter del mismo texto legal que recogía las obligaciones de gobierno corporativo y los requisitos de organización interna, desgajados, ahora, en los artículos 185 y 193 en el TRLMV, no puede estimarse la interpretación normativa que se pretende por la parte recurrente".

Y en relación con la segunda infracción, la sentencia considera que todas las operaciones analizadas fueron ejecutadas por cuenta propia, y que la conducta sancionada no tuvo carácter ocasional o aislado, adecuándose las sanciones al principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de la mercantil actora ha preparado recurso de casación en el que denuncia, en primer lugar, y en relación con la primera infracción, la vulneración del artículo 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), así como la jurisprudencia que lo desarrolla, y los artículos 99.l) y 70 ter.Dos LMV, y, en el momento de imponerse la sanción, los artículos 283.3, 193.2 y 185 TRLMV. Todo ello por vulneración del principio de tipicidad y legalidad, pues no existe identidad entre los componentes fácticos y entre los descritos en la norma que la Administración alega como tipificadora de la infracción.

Alega que se le sanciona por la "llevanza con vicios esenciales de los registros obligatorios", y el artículo 99.l) LMV tipifica dos conductas: a) "la falta de procedimientos, políticas o medidas a las que se refiere el artículo 70 ter" y b) "el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstos en dicho artículo 70 ter"; y el segundo tipo, que es el que aplica la resolución, no se refiere directamente a los registros, sino simplemente a las obligaciones de gobierno corporativo y a los requisitos de organización previstos en el artículo 70.ter, que regula otras cuestiones, como son la obligación de contar con procedimientos de gobierno corporativo, tener una estructura organizativa, disponer de la unidad de cumplimiento normativo, disponer de sistema de información que aseguren que el personal conoce sus obligaciones, etc. Concretamente, por lo que se refiere a los registros, lo que regula es la obligación de llevarlos, sin más.

Añade que la prueba de que la conducta sancionada no se encuentra tipificada en el artículo 99.l) LMV la da la redacción del nuevo artículo 283.3 TRLMV, ya que el nuevo tipo no remite a un mismo artículo las dos conductas, como hace el artículo 99.l) LMV, y deja claro que los procedimientos, políticas o medidas cuya falta o absoluta carencia es sancionable se encuentran en el artículo 193 (en el que se encuentra la obligación de llevanza de los registros), y las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización, cuyo incumplimiento es infracción, se encuentran en el artículo 185 (donde no se menciona la obligación de llevanza de los registros).

Concluye que para que algo relativo a los registros se considere tipificado dentro de artículo 99.l) LMV, tiene que ser la falta (absoluta carencia) de los registros, que es distinto a la existencia de meros defectos o vicios en los mismos; y que el tipo en que podría encajar la conducta es el previsto en el actual artículo 99.e), aunque no se da el requisito de que los "vicios" impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad.

Y, en relación con la segunda infracción, denuncia la infracción de los artículos 60.3 LJCA y 281 LEC, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición o la práctica de la prueba, pues la Audiencia Nacional procedió a rechazar la totalidad de las pruebas distintas del expediente administrativo y la documental, cuando las mismas no sólo eran pertinentes sino necesarias, dada la disconformidad de las partes en cuanto a los hechos.

Por lo que concierne al interés casacional, invoca en primer lugar el artículo 88.3.a) de la Ley Jurisdiccional 29/1998 (LJCA). Considera que no existe jurisprudencia sobre los artículos 99.l), 70.ter y 64.3 LJM (o los vigentes artículos 283.3, 193.2 y 185 TRLMV). En concreto, alega que no existe jurisprudencia sobre si en el artículo 99.l) LMV se encuentra tipificada la sanción correspondiente a vicios esenciales en la llevanza de los registros obligatorios; tampoco existe jurisprudencia sobre el artículo 70.ter LMV y si debe incluirse en el Registro obligatorio la orden del cliente, menos aun cuando no se ha grabado la llamada del cliente que llama desde una oficina a otra de la misma empresa para dar las órdenes delante de personal de la oficina o porque puntualmente se han rellenado alguna boletas de forma incorrecta; y tampoco existe jurisprudencia referente a supuesta infracción de restricción de actividad por operar como proveedor de liquidez para un cliente contabilizando las operaciones en la propia cuenta de la sociedad. En segundo lugar, invoca la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, al recurrirse una resolución desestimatoria de un recurso de alzada interpuesto contra una resolución del Consejo de la CNMV. Y, en tercer lugar, invoca el supuesto del artículo 88.2.e) LJCA, por infracción de la doctrina constitucional sobre el principio de tipicidad, reiterando lo ya manifestado en relación con el artículo 99.l) LMV, y, en relación con el artículo 99.e) LMV, alega que, habiéndose acreditado que su representada actuó siempre por instrucción de sus clientes, no es posible imputarle haber incumplido la restricción de actividad prevista en el artículo 64.3 LMV.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 13 de septiembre de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala, la entidad Gestión de Patrimonios Mobiliarios S.A, representada por la procuradora D.^a RSM, en concepto de parte recurrente, y el Abogado del Estado como parte recurrida, oponiéndose a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech, Magistrada de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación se refiere, en primer lugar, a la invocada vulneración del principio de tipicidad, y considera que la tipificación de la conducta realizada por la recurrente resulta del artículo 70 ter 2.e) de la LMV, que recoge, entre los requisitos exigidos de organización interna de las Esis, el de la llevanza de registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos

financieros que presten a sus clientes, y que el incumplimiento de dicha obligación supone la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99.l) de la LMV.

Frente a ello, la recurrente considera que para que algo relativo a los registros se considere tipificado dentro de artículo 99.l) LMV, tiene que ser la falta (absoluta carencia) de los registros, que es distinto a la existencia de meros defectos o vicios en los mismos. Y que el tipo en que podría encajar la conducta, si se diera el requisito de que los "vicios" impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad, es el previsto en el artículo 99.e).

El artículo 99 LMV establece que constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: "l) La falta de procedimientos, políticas o medidas a las que se refiere el artículo 70 ter; el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstos en dicho artículo 70 ter o de las obligaciones en materia de remuneraciones derivadas del artículo 70 ter.Dos; y la no realización de plan general de viabilidad previsto en el artículo 70 ter.2.g)". Por su parte, el artículo 70 ter 2 establece: "Las empresas de servicios de inversión y las restantes entidades que, de conformidad con lo dispuesto en este Título, presten servicios de inversión deberán definir y aplicar políticas y procedimientos adecuados para garantizar que la empresa, sus directivos, su personal y sus agentes cumplan las obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone. A tal efecto deberán: [...] e) Llevar registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión que presten de forma que se pueda comprobar que han cumplido todas las obligaciones que la presente Ley les impone en relación con sus clientes".

Lo que se plantea en el recurso, en definitiva, es si el incumplimiento tipificado por el artículo 99.l) en relación con el artículo 70 ter 2.e) de la LMV se refiere a la ausencia absoluta de los registros de operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión, o se refiere a llevarlos con vicios o irregularidades.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la controversia, esta Sala, respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, concurriendo, por otra parte, las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo invocadas, sin que se aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo.

Por lo tanto, procede admitir a trámite el recurso de casación y, en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el tipo infractor descrito en el artículo 99. l) LMV, puesto en relación con el artículo 70 ter 2.e) del mismo texto legal, se refiere a la ausencia absoluta de los registros de operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión, o se refiere a llevarlos con vicios o irregularidades. Y señalamos que las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los artículos 70 ter

2.e) y 99.l) LMV (actuales artículos 193.2.d) y 283.3 TRLMV). La admisión a trámite del recurso por la indicada cuestión hace innecesario el pronunciamiento de esta Sala sobre las demás cuestiones alegadas.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

CUARTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Declarar la admisión del recurso de casación núm. 6291/2021 preparado por la representación procesal de Gestión de Patrimonios Mobiliarios Agencia de Valores, S.A. contra la sentencia de 24 de junio de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 286/2018.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si el incumplimiento tipificado por el artículo 99. l) en relación con el artículo 70 ter 2.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV) [actuales artículos 283.3 y 193.2.d) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV)], se refiere a la ausencia absoluta de los registros de operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión, o se refiere a llevarlos con vicios o irregularidades.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse, ex artículo 90.4 LJCA, a otras cuestiones o preceptos si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

3.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.