

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE MARZO DE 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 6291/2021
Ponente: Dª. María Isabel Perelló Doménech
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional de 24 de junio de 2021
Fallo: Desestimatoria

En Madrid, a 6 de marzo de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 6291/2021, interpuesto por «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, Agencia de Valores, S.A» representado por la Procuradora de los Tribunales D^a RSM, 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 número 286/2018, sobre infracciones de la Ley del Mercado de Valores, en el que ha intervenido como parte recurrida la Comisión Nacional del Mercado de Valores, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente la Excm.a Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de «Gestión de Patrimonios Mobiliarios Agencia de Valores, SA» interpuso recurso contencioso administrativo, contra la resolución del Subsecretario del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de fecha 19 de enero de 2018, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 1 de junio de 2017 que acordaba imponer dos sanciones, en el expediente 16/2016, por la comisión de dos infracciones muy graves, tipificadas en los artículos 99. l) y q), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actuales artículos 283.3 y 278.2 del texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre). La primera por importe de 75.000 euros por la llevanza con vicios esenciales de los registros obligatorios previstos en el artículo 70.ter.2.e) del mismo texto legal, y la segunda por importe de 200.000 euros, por el incumplimiento de la restricción de actividad prevista en el artículo 64.7 del mismo texto legal.

La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 24 de junio de 2021, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«Que desestimamos el presente recurso interpuesto por GESTIÓN DE PATRIMONIOS MOBILIARIOS S.A. Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, Agencia de Valores, S.A» la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, que se tuvo por preparado con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- Por auto de la Sección Primera de esta Sala, de fecha 1 de diciembre de 2021, se acordó:

«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 nº 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 repartos de asuntos.»

CUARTO.- La parte recurrente «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, Agencia de Valores, S.A» presentó, con fecha 26 de enero de 2022, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, alegando las siguientes infracciones:

- Del principio de tipicidad y legalidad recogido en el artículo 27.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público y la jurisprudencia que lo desarrolla, respecto de la infracción sancionada con una multa de 75.000 euros por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 99.l) de la Ley del Mercado de Valores.

- Así como la infracción de las normas que regulan la eficacia de un concreto medio probatorio o que guían la sana crítica, en concreto, las que establecen el valor probatorio documental y pericial, en la infracción sancionada con una multa de 200.000 euros por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 99.q) de la Ley del Mercado de Valores.

-Quebrantamiento de las formas esenciales del juicio en relación con la proposición y práctica de la prueba: infracción de los arts. 60.3 LJCA y 281 LEC, en la infracción sancionada con una multa de 200.000 euros por la supuesta comisión de la infracción tipificada en el artículo 99.q) de la Ley del Mercado de Valores.

Y suplica a la Sala dicte sentencia que acuerde:

- Estimar íntegramente el recurso de casación, anular la Sentencia recurrida y estimar en su totalidad el recurso contencioso-administrativo formulado en la instancia, anulando la resolución de 19 de enero de 2018 impugnada, y en consecuencia, anular las sanciones impuestas de 75.000 y 200.000 euros respectivamente, con imposición de sus costas a la Administración demandada, o subsidiariamente, la estimación parcial del recurso, anulando la primera de las sanciones referidas, por importe de 75.000 euros, en caso de estimarse el recurso de casación parcialmente sólo en lo relativo al incumplimiento tipificado por el artículo 99.l) en relación con el artículo 70 ter. 2.e) de la LMV.

- Reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en las infracciones procesales denunciadas, quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la proposición, admisión y práctica de la prueba (art. 60.3 LJCA y 281 LEC), ordenando mandar reponer las actuaciones al estado y momento en que se incurrió en dicha falta al denegar la práctica de la casi totalidad de las pruebas propuestas por esta parte, referidas en el cuerpo del escrito para la admisión de las pruebas propuestas por esta parte.

QUINTO.- Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado en representación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por escrito de 17 de marzo de 2022, en el que tras realizar las alegaciones que consideró oportunas en

relación a los motivos del recurso, concluye que la sentencia recurrida es ajustada a derecho y procede su confirmación, con desestimación del recurso de casación.

SEXTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero que fue suspendido por necesidades del servicio, señalándose nuevamente para el día 21 de febrero de 2023 en que ha tenido lugar, con cumplimiento de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia impugnada.

La sociedad mercantil «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A» interpone el presente recurso de casación 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, que desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto por dicha entidad contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad –por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad- de 19 de enero de 2019 que desestima el recurso de alzada deducido contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Valores de 1 de junio de 2017. Esta última acuerda imponer dos sanciones a la ahora recurrente «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A» por la comisión de dos infracciones muy graves en el expediente sancionador número 16/2016.

Para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas, es conveniente traer a colación una breve síntesis de los antecedentes de la sentencia impugnada.

El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dictó resolución el 1 de junio de 2017, acordando imponer a «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A» dos sanciones. La resolución acordó en su parte dispositiva:

«Imponer a GESTIÓN DE PATRIMONIOS MOBILIARIOS, A.V,S.A, 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 (actualmente, artículo 283.3 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por la llevanza con vicios esenciales de los registros obligatorios previstos en el artículo 70.ter. 2.e) del mismo texto legal [actualmente, artículo 198.2.d) del citado Texto Refundido), una MULTA por importe de 75.000 euros (SETENTA Y CINCO MIL EUROS).

-Imponer a GESTIÓN DE PATRIMONIOS MOBILIARIOS, A.V, S.A, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actualmente, artículo 278.2 del Texto Refundido de la ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por el incumplimiento de la restricción de actividad prevista en el artículo 64.7 del mismo texto legal (actualmente, artículo 144.1 del citado Texto Refundido), una MULTA por importe de 200.000 euros (DOSCIENTOS MIL EUROS). »

En lo que aquí interesa, el Consejo de la CNMV expone en el fundamento sexto de su resolución las razones que determinan el rechazo del alegato de la sociedad recurrente sobre la vulneración del principio de tipicidad -circunscrito a la primera de las infracciones- en los siguientes términos:

«(...) La tipificación de la conducta realizada por GPM viene claramente recogida en la normativa que resulta de aplicación. Así, el 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 cumplimiento 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.»

El recurso de alzada interpuesto por «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A» contra la reseñada resolución es desestimado por acuerdo del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de 18 de enero de 2018.

Formulado recurso contencioso administrativo por «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A», en el que entre otros motivos impugnatorios se aduce la quiebra del principio de tipicidad, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso de la Audiencia Nacional dicta Sentencia de 24 de julio de 2021, aquí impugnada, desestimando el recurso deducido.

La Audiencia Nacional tras resumir las alegaciones de la demanda, rechaza los diferentes motivos de impugnación, entre otros, los referidos a la existencia o no de vicios esenciales en la llevanza de registros obligatorios y en lo que respecta al principio de tipicidad la Sala razona en los siguientes términos:

« (...)

Así como también el artículo 1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, en cuanto dispone que "Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación".

Es decir, 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.

En definitiva, la conducta de GPM en lo relativo a la llevanza con vicios esenciales de los registros obligatorios previstos en el artículo 70 ter.2.e) de la LMV resulta constitutiva de una infracción muy grave del artículo 99.l) LMV que tipifica como tal "la inobservancia ocasional o aislada por quienes presten servicios de inversión de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstas en el artículo 70 ter (...)." »

En conclusión, la sentencia impugnada rechaza el alegato de falta de tipicidad por considerar que los hechos analizados tienen su encaje en las previsiones de la LMV y en el posterior Texto Refundido de la LMV, que no modifica la regulación de las infracciones, todo ello tras la valoración por la Sala de instancia de la prueba obrante en el expediente.

SEGUNDO.- Sobre los hechos considerados probados por la sentencia recurrida.

De forma resumida, los hechos considerados en la resolución sancionadora a la que se refiere la infracción cuestionada, ceñida a la llevanza de los libros, son los siguiente:

«(...) En lo relativo a la existencia o no de vicios esenciales en la llevanza de registros obligatorios, y al hecho de que, según alega la parte recurrente, el cliente D. ABD era él el que daba las órdenes a la Agencia y todas de "viva voz", y no telefónicas algunas de ellas, así como la alegación según la cual la Agencia dispone de todos los justificantes de las ejecuciones firmadas y reconocidas por parte del cliente, no existiendo obligación legal de que la confirmación deba ser individualizada para cada orden, ni la forma en que deben realizarse, pudiendo ser dichas confirmaciones tácitas, es lo cierto y averiguado que, tal y como resulta de la resolución sancionadora respecto del análisis de la actuación de dicho cliente (fundamento de derecho quinto): "(...) la representación de la expedientada pretende justificar la actuación de GPM, y en concreto, la llevada a cabo por el cliente AB, reafirmando que el cliente daba las órdenes de forma verbal a los operadores de la Agencia personándose en sus oficinas, tal y como se reconoce en las dos actas de constancia de hechos de 19 y 23 de noviembre de 2015, en las que se ponen de manifiesto dicha circunstancia.

A este respecto, debe tenerse en cuenta la respuesta aportada por el Departamento de Supervisión ESI-ECA a la solicitud de documentación realizada por parte de los instructores del procedimiento relativa a esta cuestión. En concreto se le requirió a dicho Departamento que informará de todas las actuaciones llevadas a cabo durante la inspección desarrollada en GPM en las que se pusiera de manifiesto la presencia o no de D. ABD en las oficinas de la Entidad mientras este daba órdenes, para operar en el mercado de valores

De dicha contestación, que consta incorporada al expediente, se desprende que, efectivamente, hubo dos actas de constancia de hechos, tal y como manifiesta la representación de la expedientada. Sin embargo, el resultado de las mismas, y su desarrollo, difieren de lo señalado en el escrito de alegaciones de la Entidad.

En concreto, tal y como señala el Departamento de Supervisión ESI-ECA, se llevaron a cabo tres actuaciones en distintas fechas para comprobar la presencia o ausencia del cliente D. AB en las oficinas de la Agencia, mientras se producían movimientos por cuenta del cliente en el mercado de valores nacional.

En la primera de ellas, de la que no se dejó constancia en acta, realizada el 30 de septiembre de 2015, el equipo inspector visitó la oficina de la Agencia en Madrid, y, tras solicitar de forma improvisada hablar con el cliente D. AB por teléfono, al estar operando en la oficina de la Agencia de Barcelona, se le comunicó que no se encontraba en ese momento en la oficina.

En la segunda de ellas, de la que sí se dejó constancia mediante acta, y que fue realizada el 19 de noviembre de 2015, previo aviso a los responsables de la Agencia, el equipo inspector visitó nuevamente la oficina de Madrid. En esta ocasión, dicho equipo coincidió con el Sr. B en dicha oficina y tras conversación el él, se les indicó a los inspectores por parte del Director General de GPM que las órdenes dadas a los operadores no eran grabadas y que el Sr. B había estado operando en Barcelona durante esa semana. Sin embargo, ese mismo día, se levantó acta de la operativa llevada a cabo por la Agencia de Barcelona y se acreditó que cuatro de los cinco operadores que gestionaban la cartera de dicho cliente se encontraban operando en Barcelona mientras el Sr. B no estaba con ellos y que, en contra de lo señalado por el Director General, durante esa semana el cliente había ordenado sus operaciones presencialmente desde la oficina de la Agencia en Madrid.

Por último, en la tercera actuación llevada a cabo por el equipo inspector, se solicitó a los responsables de GPM que comunicaran cuando iba a empezar a operar el Sr. B. Una vez informados de que el mismo estaba operando en Barcelona, se levantó acta en la que se puso de manifiesto que dicho cliente estaba en dicha oficina dando órdenes verbales a los operadores. No obstante, ay a la vista del análisis de la operativa de ese día, se determinó que el volumen ejecutado fue menor que en sesiones anteriores (disminuyó un 89 % del promedio habitual).»

TERCERO.- La cuestión que presenta interés casacional objetivo.

Mediante Auto de la Sección Primera de esta Sala de lo contenciosos-administrativo de 1 diciembre de 2021, se indica que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar sí 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.

Las normas que en principio van a ser objeto de interpretación son los artículos 99.l) y 70.ter.2.e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, LMV, en relación con los artículos 283.3 y 193.2.d) del RD Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, del TRLMV, sin perjuicio de que esta Sección de enjuiciamiento extienda la interpretación a otras normas que considere de aplicación.

CUARTO.- Sobre la interpretación del artículo 70 ter.2.e) de la LMV y la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.l) LMV.

La parte recurrente «Gestión de Patrimonios Mobiliarios, S.A» considera que la CNMV y la sentencia impugnada interpretan erróneamente las previsiones del artículo 99 LMV, concretamente el artículo 99.l) LMV que define como infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones de organización interna en relación con el artículo 70.ter.2.e) de la LMV que dispone la necesidad de llevanza de los registros de operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión.

Aduce la parte la quiebra de los principios de tipicidad y de legalidad recogidos en el artículo 27.1 de la Ley 40/2015, respecto a la primera de las infracciones sancionada con multa de 75.000 euros por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 99.l) y 70.ter.2.e) de la LMV en el momento de imponerse la sanción, actualmente artículos 283.3, 193.2 y 185 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

Tras la cita de los principios y jurisprudencia constitucional, considera la parte que la conducta no encaja en la infracción prevista en el artículo 99.l) de la LMV (actualmente 283 TRLMV) en relación con la obligación prevista en el artículo 70 del mismo texto legal, que la Administración considera incumplida, ni contemplada en el posterior Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, norma que la parte considera más favorable, al no contemplar la conducta como infracción.

Pues bien, para el examen de las alegaciones de la parte recurrente es conveniente reproducir las normas aplicables en el presente supuesto.

El artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, aplicable por razón del tiempo, considera en su apartado l) como infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de la Ley, los siguientes actos u omisiones:

«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.e) de la misma Ley del Mercado de Valores, establece la siguiente obligación:

«Artículo 70 ter. Normas de gobierno corporativo y requisitos de organización interna.

(...) 2. 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.

Los datos que se deben incluir en los registros de operaciones están establecidos en el Reglamento (UE) n.º 1287/2006 de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros, y términos definidos a efectos de dicha Directiva. Los demás extremos relativos a la obligación de llevanza del registro se determinarán reglamentariamente.

Asimismo, deberán informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la forma que reglamentariamente se determine, de las operaciones que efectúen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59 bis.»

Y, con posterioridad, el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, define las infracciones por incumplimiento de las medidas de organización interna en el artículo 283.3), en los siguientes términos:

«Artículo 283. Infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas.

Son infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones:

(...) 3. La falta de procedimientos, políticas o medidas a las que se refiere el artículo 193; el incumplimiento, no meramente ocasional o aislado, de las obligaciones de gobierno corporativo y requisitos de organización previstos en el artículo 185 o de las obligaciones en materia de remuneraciones derivadas del artículo 188; y la no realización de plan general de viabilidad previsto en el artículo 193.2.f)»

Y el artículo 193 del aludido Texto Refundido de la LMV contempla la siguiente obligación de organización interna:

«Artículo 193. Requisitos de organización interna.

(...) 2. Reglamentariamente se desarrollarán los requisitos de organización interna de las empresas de servicios y actividades de inversión, que deberán incluir, como mínimo los siguientes aspectos:

(...) e) llevanza de un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen en los términos definidos en el artículo 194 de esta ley.»

Y el artículo 194 del mismo Texto Refundido establece:

«Artículo 194. Registros

(..) 1. Las empresas de servicios y actividades de inversión llevarán un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen. Dicho registro deberá ser suficiente para que la CNMV desempeñe sus funciones de supervisión y aplique las medidas ejecutivas oportunas y, en particular, para que pueda determinar si la empresa de servicios y actividades de inversión ha cumplido todas sus obligaciones, incluidas las relativas a sus clientes o posibles clientes y a la integridad del mercado.»

Expuesto el marco normativo y a partir de los hechos declarados probados que no son objeto de debate, no cabe acoger el alegato de falta de tipicidad y legalidad que la parte recurrente desarrolla en relación con la primera de las infracciones, por cuanto la interpretación realizada por la CNMV, confirmada por la Sala de instancia no desborda los límites del tipo sancionador aplicado, ni excede los contornos contemplados en la anterior regulación de la LMV, ni en el vigente Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores.

La parte recurrente parte de la premisa de que los hechos objeto de sanción no tienen su encaje legal en los reseñados artículos de la LMV -ni tampoco del TRLMV, al que luego nos referiremos- con el argumento de que no cabe la equiparación entre los supuestos de total ausencia o carencia de registros de todas las operaciones y las meras omisiones e irregularidades en la llevanza del registro que, en su opinión, es lo que se sanciona en este supuesto, en el que la conducta imputada se ciñe a una mera irregularidad o anomalía en el contenido de los registros que no cabe subsumir en el tipo sancionador que se circunscribe exclusivamente a la falta u omisión del registro considerado obligatorio.

Pues bien, hemos de partir de los hechos probados descritos en el anterior FºJº, en el que se indica que la conducta imputada al recurrente no consiste en meras irregularidades o deficiencias irrelevantes o no significativas en el contenido del registro de las operaciones, antes bien, a lo largo de la resolución de la CNMV se desgrana la relación e importancia de los vicios advertidos, consistentes en la falta de justificantes de las órdenes emitidas, deficiencias que se califican de «sustanciales». Así se describe por la CNMV que subraya que a través de la inspección se comprueba la falta de la debida justificación de las órdenes a los operadores realizadas por el Sr. BD, que no tuvieron su tratamiento, ni en lo que se refiere a las órdenes realizadas de forma telefónica y ni en las órdenes emitidas «de viva voz», que se describen y analizan detalladamente en el F.J. 5 de su resolución.

Por tal razón, no puede entenderse que la carencia de plasmación de las aludidas operaciones en el registro constituya una mera irregularidad irrelevante, usual o vulgar de carácter no sustancial, toda vez que ha resultado acreditado, a través de la inspección, que la sociedad recurrente no ha proporcionado ni reflejado en los registros la debida información a la que se encuentra obligada, de forma correcta y adecuada, tal como se impone ex artículo 70.ter.2.e) de la LMV, que exige la llevanza de registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y cuyo

contenido se concreta y precisa en los artículos 7 y 8 del Reglamento (CE) 1287/2006, de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por el que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a las obligaciones de las empresas de inversión de llevar un registro, la información sobre las operaciones, la transparencia del mercado, la admisión a negociación de instrumentos financieros y términos definidos a efectos de dicha Directiva. Dichos preceptos contemplan los contenidos del «Registro de órdenes de clientes y de decisiones de negociar» y del «Registro de operaciones» (artículo 13, apartado 6 de dicha Directiva).

No se trata de un defecto o de alguna omisión aislada u ocasional intrascendente, antes bien, se aprecian por la CNMV *déficits* esenciales y sustanciales en el registro, de tal carácter e importancia que son fácilmente asimilables a la ausencia o carencia de registros, al constatarse de forma cierta la omisión de los justificantes de las múltiples órdenes emitidas a través de diferentes medios, que se describen en los hechos de la sanción.

Lleva razón la sentencia impugnada cuando afirma que la conducta imputada tiene su encaje en el artículo 99.I) de la LMV, que contempla como infracción muy grave el incumplimiento de las normas de gobierno corporativo y requisitos de organización interna, y en lo que aquí interesa, la no llevanza de los registros de todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros, previstos en el artículo 70.ter.2.e) de la LMV. En fin, las deficiencias apreciadas se califican como «esenciales» explicando la resolución de la CNMV que presentan dicho carácter fundamental y medular al no ofrecer la imagen fiel del tipo de órdenes que se estaban ejecutando por la Agencia, no solo porque no se disponía de las grabaciones de las operaciones, sino porque las órdenes recibidas de clientes no estaban siendo registradas según el tipo de orden recibida y al afectar a la posibilidad de reconstruir todas y cada una de las fases fundamentales en la tramitación de las operaciones con arreglo a la normativa vigente, que exige plasmar todas las operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión de forma que se pueda comprobar que han cumplido las obligaciones de la Ley.

De igual modo se prevé la conducta imputada en el posterior Texto Refundido de la Ley, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, que la parte considera más favorable, en cuanto -a su parecer- no contempla la conducta reseñada como infracción muy grave.

Y al respecto, el Texto Refundido de la LMV, no viene a alterar las precedentes normas sobre el Mercado de Valores, pues únicamente realiza determinados ajustes en la estructura del texto, mejorando su sistemática e introduciendo los ajustes necesarios, en cumplimiento del objetivo de sistematización y unificación del bloque normativo de los mercados de valores, pero sin alterar el contenido de los textos que refunde.

De modo que el artículo 283 del Texto Refundido prevé «las infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas, e infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas» de forma similar al anterior artículo 99.I) de la LMV si bien, no hace una mención a un único precepto -antes el artículo 70 LMV-, pues se remite al artículo 193 sobre los requisitos de organización interna que deben cumplir las empresas de servicios de inversión, en cuyos procedimientos, políticas o medidas, dicha falta es sancionable (la obligación de llevanza de registros) y a las obligaciones de gobierno corporativo del artículo 185 cuyo incumplimiento es de igual modo sancionable.

En efecto, en su redacción el artículo 283.2 TRLMV prevé como infracción, entre otros, la inobservancia reiterada de los requisitos de organización definidos en el artículo 193 del mismo Texto Refundido y este último precepto que se refiere a los requisitos de la organización interna de las empresas de servicios y actividades de inversión incluye en su apartado e), la obligación «*llevanza de un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen en los términos*

definidos en el artículo 194 de esta Ley», indicando éste último artículo 194 los requisitos de organización interna de las mencionadas empresas de servicios y actividades de inversión, con la mención de la exigencia de «llevanza de un registro de todos los servicios, actividades y operaciones que realicen» añadiendo que dicho registro deberá ser suficiente para permitir que la CNMV desempeñe sus funciones de supervisión y aplique las medidas ejecutivas oportunas, en particular para comprobar si las empresas de servicios y actividades de inversión observan las obligaciones legales.

En fin, el Texto Refundido delimita con suficiente precisión la obligatoriedad de los registros de servicios, actividades y operaciones, y su incumplimiento, -o su llevanza con vicios sustanciales, como hemos razonado- se considera de igual modo, como una infracción de carácter muy grave, razón por la que cabe rechazar la tesis sustentada en el recurso de casación referida a que la normativa del Mercado de Valores únicamente sanciona la falta absoluta o carencia de registros de las operaciones e instrumentos financieros, y no aquellos supuestos de llevanza de los registros con defectos o vicios esenciales o sustanciales, al ser conductas plenamente asimilables, que impiden el seguimiento de la operaciones con los clientes con arreglo a lo ya expuesto.

QUINTO.- Sobre la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.q) LMV.

En lo que se refiere a la segunda de las infracciones calificada como muy grave, tipificada en el artículo 99 q) LMV -actualmente en el artículo 278.2 del Texto Refundido de la LMV- por incumplimiento de la restricción de actividad prevista en el artículo 64.7 de la LMV -actualmente 144.1 del Texto Refundido- por razón de la actuación por cuenta propia en relación con ciertas acciones y actividades de derivados con dos entidades (respecto a la que se denuncia la infracción de las normas que regulan la eficacia de los medios probatorios y la proposición y prácticas de la prueba), cabe apreciar la falta de conexión de esta segunda infracción con la cuestión de interés casacional apreciado en el Auto de admisión.

A tal efecto cabe recordar el Acuerdo no Jurisdiccional del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de Noviembre de 2021, que estableció:

«V. SOBRE EL CONTENIDO DE LA SENTENCIA Y SU RELACIÓN CON EL INTERÉS CASACIONAL OBJETIVO IDENTIFICADO EN EL AUTO DE ADMISIÓN

La sentencia de casación debe limitar su examen a las infracciones jurídicas planteadas en el escrito de interposición sobre las que previamente se ha apreciado el interés casacional en el auto de admisión, pero puede extenderse a otras infracciones jurídicas asimismo planteadas en el escrito de interposición (y antes anunciadas en el de preparación) siempre y cuando guarden relación de conexidad lógico-jurídica con las identificadas en el auto de admisión como dotadas de interés casacional.»

Es claro que esta segunda infracción por incumplimiento de la restricción de actividad, no guarda conexión alguna con la cuestión admitida en el Auto de admisión, al tratarse de una diferente conducta infractora respecto a la que no se suscita la cuestión de la falta de tipicidad y sobre la que se aduce exclusivamente cuestiones relacionadas con la admisión y valoración de la prueba, razón por la que advertida la falta de conexión con la materia que presenta interés casacional, no cabe un pronunciamiento sobre las cuestiones suscitadas, en relación con la segunda infracción impuesta.

SEXTO.- Doctrina jurisprudencial que se fija.

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.e) 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 tanto a la ausencia absoluta de los registros de operaciones sobre valores e instrumentos financieros y servicios de inversión, como al hecho de llevarlos con vicios o irregularidades sustanciales que impidan el adecuado seguimiento de las operaciones con clientes.

SÉPTIMO.- Sobre las costas.

De conformidad con los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, cada parte abonará las costas de casación causadas a su instancia y las comunes por mitad, y se mantiene el pronunciamiento de la sentencia impugnada en cuanto a las costas de la instancia.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de conformidad con los criterios expresados en los fundamentos de derecho cuarto a sexto de esta sentencia:

1.- No haber lugar al recurso de casación número 6291/2021, interpuesto por «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 número 286/2018.

2.- No imponer las costas de casación a ninguna de las partes y mantener el pronunciamiento de la sentencia impugnada en cuanto a las costas de la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El magistrado Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor deliberó y votó en Sala pero no pudo firmar, haciéndolo en su lugar el Excmo. Sr. Presidente.