

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE DICIEMBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 998/2018
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de fecha 16 de noviembre de 2017
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 10 de diciembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 16 de noviembre de 2017, sentencia por la que se estimaba en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, de fecha 26 de febrero de 2016, dictada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, mediante la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 16 de febrero de 2015, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por infracciones muy graves de la Ley del Mercado de Valores.

La Sala de instancia confirma la existencia de tres infracciones muy graves, que se imputan a los recurrentes RCB y a la entidad Mercados y Gestión de Valores, A.V., de la que el primero es consejero delegado. Tales infracciones se encuentran tipificadas en los siguientes artículos: Artículo 99 z bis) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, por la falta o inaplicación, no ocasional o aislada, de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés a que se refieren los artículos 70 ter 1 d) y 70 quater de dicho texto legal; artículo 99 l) de la misma norma, por la llevanza con vicios esenciales del registro de órdenes incluido en el artículo 70 ter 1 e); y artículo 99 z ter) de la misma Ley, por la falta o inaplicación, no ocasional o aisladas, de políticas de gestión y ejecución de órdenes a que se refiere el artículo 79 sexies del dicho texto.

La Sala rechaza el motivo referido a la infracción del derecho al secreto de las comunicaciones y del derecho de defensa por cuanto, en el marco de unas actuaciones realizadas en una inspección de seguimiento paralela por parte de la CNMV, tuvo acceso esta a una serie de correos electrónicos en los que se definían líneas de estrategia entre los aquí recurrentes y sus abogados. La Sala concluye que tales actuaciones se produjeron al margen del procedimiento sancionador, teniendo en cuenta, entre otras razones, que el pliego de cargos fue anterior a la entrada y registro. En efecto, el pliego de cargos fue formulado el día 22 de abril de 2014 y la entrada y registro se llevó a cabo el día 4 de junio de 2014, subrayando la Sala de instancia que los hechos fijados en la resolución sancionadora permanecieron invariables, por lo que -en definitiva- no tuvo por acreditada la influencia de tales actuaciones sobre el procedimiento sancionador enjuiciado.

En cuanto a la infracción del artículo 99 z bis) de la LMV –falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión o, en su caso, por los grupos o conglomerados financieros en los que se integren las empresas de servicios de inversión–, la Sala toma en consideración los tipos recogidos en los artículos 99 e bis), 100 c bis) –infracción grave– y 101 de la Ley –infracción leve–, así como los artículos 70 quater de la LMV; artículos 44 y 45 del Real Decreto 217/2008, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, para

concluir que no se trata de meras deficiencias organizativas que pudieran remitir a tales preceptos o ante una mera inadecuación puntual de la política de gestión de conflictos de interés por parte de la entidad recurrente. La Sala tiene por acreditado la estructura personalista de la entidad recurrida, pues el recurrente ostentaba la condición de accionista mayoritario y consejero delegado que compaginaba funciones en intermediación de clientes institucionales con la gestión de carteras con las que tenía una clara vinculación. En particular, la Sala describe una operativa con acciones de Telefónica, de la que concluye que, en una operación de autocartera, se modificó la preasignación previa a tal entidad por una asignación definitiva a terceras personas, entre ellas una sociedad participada por el recurrente –Ritmo–, con la obtención de un beneficio relevante.

En cuanto a la infracción del artículo 99 l) de la LMV –incumplimiento, no meramente ocasional o aislado– de la obligación de llevanza de los registros establecidos en la letra e) del apartado 1 del artículo 70 ter o su llevanza con vicios esenciales- la Sala se centra igualmente en la operativa relativa a las acciones de Telefónica, ratificando el criterio de la Administración conforme al cual la entidad recurrente no conservaba los justificantes de las órdenes cursadas por Telefónica en la forma prevista en el artículo 33.1 del Real Decreto 217/2008, y existían errores en la llevanza del registro al hacerse constar tantas órdenes como tramos en que se habría subdividido la orden original. Concluye la Sala que la gestión de las órdenes procedentes de Telefónica permitían desdibujar situaciones de conflicto de intereses que no consisten en una mera incidencia formal ni de un hecho aislado.

En lo que respecta a la infracción del artículo 99 z ter) de la LMV, es decir, inaplicación de políticas de gestión y ejecución de órdenes, la Sala rechaza la argumentación de la parte conforme se habría producido una rectificación de un error en la preasignación, de manera que pretende que las ventas de las acciones adquiridas para los clientes de acciones de Telefónica ya estaban asignadas a ellos y las acciones adquiridas por Telefónica ya estaban confirmadas con esa entidad el día anterior. La Sala señala que la asignación de las compras (entre otros clientes, a Ritmo), se producía cuando ya se había ejecutado la venta en un momento en que la cotización de acciones de Telefónica estaba en máximos del día anterior. Concluye la Sala que tales retrasos, significativos e injustificados, no se limitan a una sola sesión bursátil y que la preasignación de acciones de Telefónica a clientes distintos de aquellos a los que se asignaban las operaciones se extiende durante un periodo de enero a septiembre de 2011 y ha afectado al 21 % de operaciones realizadas por MG sobre acciones de Telefónica.

La Sala de instancia estima en parte el recurso y reduce las sanciones impuestas por considerar que se ha aplicado erróneamente las reglas del concurso medial de infracciones en lo que respecta a la infracción muy grave prevista en el artículo 99 z bis, al haber aplicado la infracción más leve del artículo 101 de la LMV –deficiente estructura organizativa–, que se subsume en aquella, como agravante específica.

SEGUNDO.- El procurador D. FAA, en nombre y representación de la entidad Mercados y Gestión de Valores, A.V. S.A. y de D. RCB ha preparado recurso de casación contra la mencionada sentencia.

Invoca, en su escrito de preparación, en primer lugar la vulneración de los artículos 24 de la Constitución y 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación con el derecho de defensa y el derecho a ser asistido por un abogado, y por infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, al señalar que se produjo una incautación masiva de correos electrónicos por parte de la CNMV durante una inspección practicada durante la tramitación del procedimiento sancionador enjuiciado por la Sala de instancia, los cuales contenían la estrategia de defensa entre abogado y cliente en relación con el procedimiento sancionador aquí enjuiciado.

En segundo lugar, opone la infracción de los artículos 99 z bis), 99 l), y 99 z ter) de la LMV, argumentando, en primer lugar que la Sala ha interpretado indebidamente el concepto "infracción o inaplicación, no ocasional o aislada, de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés", pues sería de aplicación la infracción del artículo 100 c bis), de menor gravedad; en segundo lugar, respecto del segundo de los preceptos, que el mismo exige a la Administración probar que los vicios han afectado al bien jurídico protegido por la norma y afirma que no se ha justificado en qué medida el desglose de la orden de compra supone un vicio esencial que perjudica los intereses del cliente; en tercer lugar, que yerra la Sala al considerar que existe una infracción no ocasional o aislada, pues los hechos sucedieron en una sola sesión bursátil.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al proceder el recurso de un procedimiento sancionador sustanciado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuyo enjuiciamiento le corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, así como la circunstancia prevista en el apartado a) del artículo 88.3, pues entiende la recurrente que no existe jurisprudencia: en primer lugar, sobre si la CNMV, en el ejercicio de su potestad de inspección ha vulnerado el artículo 24 CE mediante la incautación de correos electrónicos en los que se expone la estrategia procesal en un procedimiento sancionador en curso, o si, por el contrario, para que esa vulneración se produzca es necesario que el administrado cargue con la prueba de acreditar la concreta utilización que la CNMV haga de esos correos incautados y que ha variado su estrategia de defensa; en segundo lugar, sobre la interpretación del artículo 99.z.bis LMV en relación con el artículo 70.ter.1.d) LMV y, en concreto, si debe entenderse que este precepto solo se aplica en el caso de situaciones donde no existen tales medidas y en caso de inaplicación generalizada de esas políticas, pero no en supuestos de inadecuación de las mismas; en tercer lugar, sobre el concepto jurídico indeterminado de "vicios esenciales" como requisito para entender que existe una infracción del artículo 99.l) de la LMV; y por último sobre el concepto jurídico indeterminado de infracciones no ocasionales o aisladas en el ámbito de la asignación de órdenes, de conformidad con el artículo 99.z.ter) de la LMV y el artículo 100.t) de la LMV.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 30 de enero de 2018, 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 ha personado ante esta Sala la representación de los recurrentes y el abogado del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido para la personación ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se anuncia el presente recurso de casación estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, de fecha 26 de febrero de 2016, dictada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, mediante la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 16 de febrero de 2015, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por infracciones muy graves de la Ley del Mercado de Valores, únicamente en lo que se refiere a la cuantía de la sanción, pero manteniendo el resto de pronunciamientos por las razones más arriba detalladas.

Frente a ello, los recurrentes invocan la infracción de los artículos 24 de la Constitución y 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, y de los artículos 99 z bis), 99 l), y 99 z ter) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por las razones que más arriba se han dejado expuestas.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, «[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- En el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar que las presunciones recogidas en dicho precepto no son absolutas pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

Así, en lo relativo a estas circunstancias y a la eventual inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, procede efectuar algunas consideraciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a este al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

CUARTO.- Pues bien, aplicando las premisas anteriores al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto, aplicando las anteriores premisas al asunto del caso hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello porque las cuestiones que ponen de manifiesto los recurrentes se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sobre los que la parte pretende cuestionar la valoración que de los hechos que se entienden acreditados ha llevado a cabo la Sala de instancia, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Además, en lo que respecta a la infracción referida al artículo 24 de la Constitución y al artículo 6.3.c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y por infracción del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones, hemos de tener en cuenta que, como advierte la sentencia recurrida, a pesar de que la entrada y registro fue posterior al pliego de cargos, se mantuvo inalterable la narración de hechos imputados, por lo que la Sala de instancia tuvo por acreditado que la incautación de correos electrónicos que se menciona no tuvo relevancia en la resolución definitiva del procedimiento sancionador enjuiciado, sin que tampoco la parte recurrente aporte elemento alguno que pueda fundamentar dicha influencia.

QUINTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros

la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda: Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 998/2018, preparado por el procurador D. FAA, en nombre y representación de la entidad Mercados y Gestión de Valores, A.V. S.A. y de D. RCB, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 16 de noviembre de 2017, en el procedimiento ordinario registrado con el número 409/2016; y ello con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.