

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE JUNIO DE 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 732/2012
Ponente: Dª. Ana Isabel Resa Gómez
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 18 de octubre de 2012
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidos de junio de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 732/2012 que ante esta **Sala de lo Contencioso-Administrativo** de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador don ETL, en nombre y representación de **DRACON PARTNERS EMPRESA DE ASESORAMIENTO FINANCIERO, S.L.**, contra Resolución de fecha 18 de octubre de 2.012 del Ministerio de Economía y Hacienda sobre revocación de autorización; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía indeterminada y habiendo sido Ponente, la Ilma. Sra. **D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 20 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, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que solicitó se dicte sentencia por la que se anule la resolución impugnada.

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 solicitó: "*dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente.*"

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y habiendo transcurrido el plazo de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 9 de junio de 2015 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de octubre de 2012 que acuerda revocar la autorización concedida a la actora inscrita con el nº 14 en el registro de Empresas de Asesoramiento Financiero de la CNMV, lo que implica la exclusión del correspondiente Registro Administrativo.

SEGUNDO.- Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso los siguientes:

Como consecuencia de las labores de supervisión, el Departamento de Supervisión ESI-ECA elaboró un informe con los hechos detectados en sus actuaciones *"Informe del Departamento de Supervisión ESI/ECA al Departamento de Autorización y Registro de entidades sobre determinados incumplimientos por la actora que pueden ser motivo de revocación de autorización"*.

Con fecha 23 de julio de 2012 el Departamento de Autorización y Registros de Entidades recibió el informe de incumplimientos, que constituyó la base para la elaboración de la propuesta de apertura de expediente de revocación.

En el citado informe de incumplimientos se ponían de manifiesto diversas deficiencias entre las que cabe destacar:

- Deficiencias en las funciones de control que se materializan en la asunción por parte de la Administradora única de la función de cumplimiento normativo y en la ausencia de una función de auditoría interna.
- Deficiencias en los mecanismos de seguridad informática del centro de trabajo de la Calle Mijancas, al no contar con copias de seguridad y sistemas antimanipulación o robo de los equipos, así como importantes carencias en el plan de contingencias y de continuidad.
- Deficiencias en los procedimientos administrativos y contables.
- Falta de aprobación de las cuentas anuales correspondientes a 2011 y ausencia del correspondiente informe de auditoría.
- Débil situación financiera patrimonial. A 31 de diciembre de 2011 su patrimonio neto es inferior a la mitad de su capital social y a 30 de junio de 2012 su patrimonio neto es negativo.
- Deficiencias en el diseño y la metodología de los test de idoneidad a aplicar a los clientes.
- Deficiencias por la recomendación a los clientes de productos concretos no adecuados a los objetivos de inversión manifestados por los clientes.
- Deficiencias en la información a clientes.
- Existencia de graves dificultades para inspeccionar la EAFI y obtener información para el adecuado desarrollo de las funciones supervisoras de la CNMV.
- Desviación muy significativa entre la actividad real de la Entidad y el proyecto autorizado.

Con fecha 26 de julio de 2012 el Comité Ejecutivo de la CNMV adoptó el acuerdo de iniciar el procedimiento de revocación de la autorización concedida a la EAFI, de conformidad con lo previsto en los arts. 73 y ss de la LMV.

Con esa misma fecha se comunicó a la EAFI el acuerdo, concediéndole un plazo de 10 días, para examinar el expediente, realizar alegaciones y aportar documentos, justificaciones u otros elementos de juicio que estimase pertinentes y tras la oportuna tramitación se dictó la resolución ahora impugnada.

TERCERO.- Alega la parte actora, reiterando de este modo lo que ya alegase en vía administrativa, que ninguno de los hechos imputados por el órgano instructor, que sirve de base al Ministro para adoptar su resolución de revocación, son ciertos ni tienen una base probatoria consistente, para la adopción de una medida tan lesiva; que los pocos hechos o irregularidades que si pueden tener algún fundamento son de muy escasa relevancia y además fueron debidamente subsanados cuando la CNMV se lo advirtió a la actora y que la sanción quiebra gravemente el principio de proporcionalidad, el de defensa y el de presunción de inocencia del administrado.

Y en este sentido fundamenta su demanda: 1.- En los artículos 21 a 26 del Reglamento Interno de la CNMV por cuanto en la sustanciación del procedimiento de revocación de la licencia, el mismo ha incurrido en un defecto formal que implica la nulidad absoluta, al no existir el preceptivo acuerdo adoptado por el Consejo Ejecutivo de la CNMV con carácter previo al inicio del procedimiento de revocación de la autorización y 2.- Vulneración de los principios de legalidad y proporcionalidad.

CUARTO.- El artículo 73 de la LMV establece que: *“La autorización concedida a una empresa de servicios de inversión o a una de las entidades a que se refiere el artículo 65.2 de esta Ley o a una sucursal de una entidad con sede en Estados no comunitarios podrá revocarse en los siguientes supuestos:*

- a) Si no da comienzo a las actividades autorizadas dentro de los doce meses siguientes a la fecha de la notificación de la autorización, por causa imputable al interesado.*
- b) Si renuncia expresamente a la autorización, independientemente de que se transforme en otra entidad o acuerde su disolución.*
- c) Si interrumpe, de hecho, las actividades específicas autorizadas durante un período superior a seis meses.*
- d) Si durante un año realiza un volumen de actividad inferior al normal que reglamentariamente se determine.*
- e) Si incumple de forma sobrevenida cualquiera de los requisitos para la obtención de la autorización, salvo que se disponga alguna otra cosa en relación con los citados requisitos.*

f) En caso de incumplimiento grave y sistemático de las obligaciones previstas en la letra a) del apartado 1 del artículo 70 y en las letras c), e) y f) del apartado 2 del artículo 70 ter de la presente Ley.

g) Cuando se dé el supuesto previsto en el número 11 del artículo 69.

h) Si la empresa de servicios de inversión o la persona o entidad es declarada judicialmente en concurso.

i) Como sanción, según lo previsto en el Título VIII de esta Ley.

j) Si la empresa de servicios de inversión deja de pertenecer al Fondo de Garantía de Inversiones previsto en el Título VI.

k) Cuando se dé alguna de las causas de disolución forzosa previstas en el artículo 260 de la Ley de Sociedades Anónimas, o en el artículo 104 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada.

l) Si hubiera obtenido la autorización en virtud de declaraciones falsas o por otro medio irregular.

ll) Cuando se dé el supuesto previsto en el artículo 69.11.b)."

QUINTO.- Alega la actora en primer lugar la inexistencia del preceptivo acuerdo adoptado válidamente por el Consejo Ejecutivo con carácter previo al inicio del procedimiento de revocación de la autorización.

Conviene precisar con carácter previo, la distinción existente entre una revocación meramente administrativa, en el que la CNMV tras constatar la concurrencia de alguno o algunos de los supuestos recogidos en el art. 73 de la LMV, procede a iniciar e instruir la revocación de la autorización en su día concedida elevando posteriormente su propuesta al Ministerio de Economía y Hacienda y la revocación como sanción, a imponer por la comisión de una infracción.

De hecho el propio art. 73, contempla esta dualidad de situaciones cuando en la letra i) se dispone, entre otras causas, que la revocación puede tener lugar por sanción, siendo la finalidad de ambas, diversas; pues mientras la revocación evita la actuación futura de una entidad que no cumple los requisitos previstos en la LMV, el procedimiento sancionador tiene por objeto depurar actuaciones contrarias a la Ley, mediante la subsunción de las mismas en los tipos regulados y en su caso la imposición de la sanción que corresponda, distinguiendo según se trate de infracciones muy graves, graves o leves.

En el caso que ahora nos ocupa, no es la imposición de una sanción la que motiva la revocación de la autorización, sino la existencia de una serie de hechos o deficiencias detectados por la CNMV en su actuación de supervisión, puestas de manifiesto a través

del denominado informe de incumplimiento, que es el que ha constituido la base para elaborar la propuesta de apertura del expediente de revocación.

Se exige por tanto para el inicio del procedimiento de revocación, el acuerdo de inicio y en tal sentido y tal y como consta en el expediente administrativo (folio 2895) "(...) el Director General de Entidades, recibida la comunicación del acuerdo, siguiendo instrucciones del Secretario del Consejo y del Comité Ejecutivo de la CNMV y estando debidamente facultado para ello con base en el art. 30 del Reglamento de Régimen interior, notificó a los interesados el contenido íntegro del acuerdo adoptado por el Comité Ejecutivo de la CNMV, siendo tal notificación prueba suficiente de la existencia del acta cuya exhibición ahora solicita y, por consiguiente, no aportando nada al procedimiento en curso, toda vez que su contenido es íntegramente conocido por la entidad, procede su denegación por innecesaria".

Efectivamente consta que con fecha 26 de julio de 2012 el Comité Ejecutivo de la CNMV adopta el acuerdo de iniciar el procedimiento de revocación de la autorización concedida a la actora, de conformidad con lo previsto en los arts. 73 y ss de la LMV. Consta igualmente la concesión de un plazo de 10 días a la actora para examinar el expediente, aducir alegaciones y aportar documentos justificaciones u otros elementos de juicio que estime pertinentes, trámite que fue evacuado por la interesada con fecha 8 de agosto de 2012, por lo que debe ser rechazado el presente motivo.

SEXTO.- Y en cuanto a las causas de revocación sostiene la actora que tratándose de un procedimiento sancionador, debe sujetarse a los principios de legalidad y proporcionalidad, principios ambos a los que no se habría ajustado la Administración en su actuación.

Descartado que se trate de un procedimiento sancionador como antes expusimos, procede entrar a analizar la existencia de las causas de revocación, que la actora niega, significándose que bastaría con la concurrencia de una sola de ellas, para que la revocación fuese ajustada a Derecho, cuando más tratándose de diez.

1.- *En relación con el incumplimiento sobrevenido de los requisitos necesarios para obtener su autorización* (art. 73.e) en relación con el art. 67.2.h) de la LMV que exige "Contar con los procedimientos, medidas y medios necesarios para cumplir los requisitos de organización previstos en los apartados 1 y 2 del art. 70 ter de esta Ley", se señalan deficiencias en las funciones de control que se materializan en la ausencia de una función de auditoría interna, que no ha sido puesta en marcha pese a que la Administradora única de la actora indicó en su proyecto inicial que se implantaría si las circunstancias del negocio posteriormente la hicieran aconsejable.

Los trabajos realizados por la inspección han puesto de manifiesto que las funciones de control han estado desatendidas por cuanto la entidad ha sido incapaz de detectar importantes deficiencias, como gastos desproporcionados en concepto de telefónica y mensajería, así como la realización en sus oficinas de actividades distintas del asesoramiento propio de la EAFI. La inexistencia de una función de auditoría interna es inapropiada en una entidad dirigida a clientes minoristas que cuentan con un gran número de clientes y de empleados y resulta incompatible con la defensa de una

gestión prudente de la entidad que han revertido en riesgos importantes para los inversores.

Se dice de contrario que la función de auditoría interna no es un requisito que se le pueda exigir por cuanto no es Agencia de Valores. Ahora bien es la Circular 10/2008, de 30 de diciembre de la CNMV la que en su norma 2ª d) dispone que las EAFI deberán *"cuando resulte adecuado en función de la naturaleza, escala y complejidad de la actividad, disponer o delegar en terceros, de una función de control de riesgos y auditoría"*, lo cual además resulta consecuente con la intención que la actora declaró en su proyecto inicial y que finamente no cumplió, pese al cambio que se produjo en el negocio de la EAFI desde su constitución, tanto en la naturaleza de los clientes a los que se dirige y en el tipo de productos que se les recomienda, como en el tamaño de su plantilla y la existencia de dos centros operativos.

2.- *Deficiencias en los procedimientos administrativos y contables.* En este sentido la contabilidad se realizaba de forma descentralizada en tres ordenadores con el software contable, habiéndose detectado deficiencias en la custodia de la documentación soporte de apuntes contables, constando referencias a las dificultades de acceso por parte de la Dirección de la Entidad a determinadas facturas de gasto, corroboradas por la Administradora única de la empresa Lex Consulting quien ha indicado que en ningún momento recibió por parte de la AEFI ningún tipo de factura original. La actora no desacredita que se hayan producido dichas deficiencias en materia contable, pues a título de ejemplo puede señalarse que el cierre provisional de la contabilidad de diciembre de 2011 se aporta el 5 de marzo de 2012, que la CNMV requiere la situación contable con referencia a determinadas fechas que no es aportado, se presenta un balance de situación que resulta incongruente con la última información presentada. En este sentido el art. 37 del RD 217/2008, sobre régimen jurídico de empresas de inversión señala que la delegación de funciones esenciales, entre la que se encuentra la contabilidad, no disminuirá la responsabilidad de la EAFI respecto del cumplimiento de sus obligaciones. Es de observar que el dilatado periodo de tiempo en que incurre la entidad para aportar la información sobre su situación financiera patrimonial del ejercicio 2012, pone de manifiesto la ausencia total de un mecanismo que garantice un procedimiento contable adecuado.

3.- *Deficiencias en los mecanismos de seguridad informática al no constar con sistemas de seguridad y antimanipulación o robo de los equipos.* De acuerdo con una denuncia presentada por AEFI le fueron sustraídos del centro de trabajo de la Calle Mijancas 22 equipos informáticos y servidores de almacenamientos de datos, habiéndose borrado los archivos A3/CON con la información contable de la entidad, hechos que fueron utilizados por la EAFI para justificar la imposibilidad de entregar parte de la información solicitada en el curso de la inspección. Esto evidencia la ausencia de sistemas que permitan obtener una copia de seguridad de los registros informáticos en edificio externo y de un plan de contingencias ante catástrofes, que es otro de los elementos que persigue la protección de los intereses de los inversores, permitiendo reconstruir documentalmente actuaciones de la Entidad con diligencia en un tiempo razonable.

4.- *Graves deficiencias en materia de normas de conducta en la prestación del servicio de asesoramiento, principal actividad de la EAFI que evidencian un asesoramiento inapropiado*

por parte de la sociedad a sus clientes. En este apartado las principales deficiencias consisten en el incorrecto diseño y metodología del test de idoneidad, ausencia de una información previa adecuada sobre los instrumentos objeto de recomendación y falta de información sobre los incentivos a percibir de otras entidades y la recomendación de productos no idóneos a los objetivos de inversión, patrimonio, conocimientos y experiencia de los clientes.

El art. 79.bis 5 de la LMV establece que deberá asegurarse en todo momento que se dispone de toda la información necesaria sobre sus clientes (entre otras razones para la evaluación de la idoneidad). Es de destacar que no se presentaron test de idoneidad por los promotores con motivo del expediente de autorización de la EAFI y que no está previsto por la norma que regula a las EAFI procedimiento administrativo alguno de autorización de tales documentos, por tratarse de documentos dinámicos que deben adaptarse durante la vida de las entidades a las circunstancias concretas de actuación, siendo responsabilidad exclusiva de estas. Es decir los test fueron conocidos por la CNMV en el momento de la supervisión, habiéndose detectado deficiencias significativas en la metodología de evaluación de la idoneidad, que apenas se modificaron sustancialmente cuando dicha circunstancia se puso de manifiesto a la entidad.

El art. 79. Bis 6) de la LMV determina que cuando se preste el servicio de asesoramiento en materia de inversiones, la Entidad obtendrá la información necesaria sobre los conocimientos, experiencia, situación financiera y objetivos de inversión del cliente con la finalidad de que la entidad pueda recomendarle los servicios de inversión e instrumentos financieros que más le convengan. Señala la resolución que no se ha acreditado que se proporcionase a los clientes información específica sobre los productos complejos asesorados (warrants o CFD's), sino sobre emisiones de renta fija privada y renta variable nacional, que en modo alguno pueden equipararse a los warrants y CFD's sobre el que ha prestado el servicio de asesoramiento y aunque la entidad se esfuerce en explicar los medios y conocimientos de que dispone para realizar un análisis general de los mercados y sus productos, dicho esfuerzo no se traslada a un asesoramiento personalizado a cada cliente.

El art. 79 de la LMV establece que no se considera que una ESI actúe con diligencia y transparencia y en interés de sus clientes, cuando en la provisión de un servicio de inversión percibe alguna comisión que no se ajusta a las disposiciones en desarrollo de la LMV, lo que no ha acreditado la entidad ni siquiera de forma resumida.

Estos hechos lo que ponen de manifiesto es que la principal actividad de la EAFI, esto es el asesoramiento, ha sido desempeñada con graves deficiencias en materia de normas de conducta y son de especial relevancia porque afectan gravemente a los intereses de los inversores exponiéndoles a riesgos no deseados y desconocidos. Asimismo el servicio de asesoramiento es prestado de forma deficiente para un alto número de inversores, por lo que no se trata de una actuación aislada. Además este incumplimiento se agrava, al tratarse de clientes minoristas, más necesitados de protección, orientarse al asesoramiento de productos complejos y haberse declarado expresamente que se iba a informar adecuadamente de los incentivos, cuando no ha sido así.

SÉPTIMO.- Y en cuanto a las restantes deficiencias observadas, debemos remitirnos íntegramente al contenido de la resolución impugnada, dado que las alegaciones de la actora se han limitado a reproducir las que ya expusiese en vía administrativa y que han obtenido suficiente respuesta.

Así por ejemplo la existencia de graves dificultades para inspeccionar u obtener la información que la CNMV estime necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones supervisoras, manifestadas entre otras causas, por la falta de remisión o remisión incompleta o tardía de documentación requerida en el transcurso de la inspección, acompañándose un cuadro que recoge tales hechos; la no aprobación de las cuentas dentro de los cuatro meses siguientes al cierre el ejercicio (at. 86.1 de la LMV); la actividad real desarrollada por la Entidad difiere de la prevista en el proyecto de autorización, lo que se pone de manifiesto por el uso de un call center a través del cual se incrementa la captación de clientes minoristas y en consecuencia su facturación, cuando solo se preveía una estructura organizativa muy reducida y un asesoramiento dirigido íntegramente a profesionales.

La sociedad se encuentra inmersa en causa de disolución en base al art. 363.1.e) del RDL 1/2010, de 2 de julio LSC que determina que la sociedad de capital deberá disolverse por pérdidas que dejen reducido el patrimonio a una cantidad inferior a la mitad del capital social, a no ser que éste se aumente o reduzca en la medida suficiente y siempre que no sea procedente solicitar la declaración de concurso. Los estados financieros aportados por la EAFI el 21 de junio de 2012 referidos a 31 de diciembre de 2011 muestran un patrimonio neto de 8.652,21€, siendo su capital social de 60.000€ y los relativos a su situación a 30 de junio de 2012 muestran un patrimonio neto negativo de 162.343;86€, habiéndose realizado una ampliación el capital social de 40.000€ totalmente insuficiente.

OCTAVO.- Por todo lo expuesto la Sala ha llegado a la convicción de que se ha acreditado por la CNMV la existencia de serias deficiencias que afectan prácticamente a todos los ámbitos de la actividad de la entidad, impidiendo que pueda prestar servicios con las mínimas garantías y de un desconocimiento por parte de la actora de la normativa y regulación que atañen a la actividad por ella desarrollada, que hacen aconsejable, y ajustada a derecho la revocación de la autorización concedida en su día a la actora, con el objeto de evitar riesgo para los clientes de la Entidad, que dañarían la integridad del mercado y la protección de los inversores, principios fundamentales destacados por la Ley del Mercado de Valores que deben ser preservados en todo momento.

NOVENO.- En definitiva, resulta acreditado en el expediente la concurrencia de varias de las circunstancias establecidas en el artículo 73, por lo que la revocación decretada es ajustada a derecho procediendo la desestimación del recurso, debiendo imponerse las costas a la parte actora a tenor de lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA.

VISTOS.- los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLO

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **DRACON PARTNERS, EAFI SL** contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2012, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **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.