

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE OCTUBRE DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 305/05
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de marzo de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a once de octubre de dos mil siete.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 305/05 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. Z.L. en nombre y representación de "D.L.C., A.V., S.A." y Don E.C.P. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 28 de marzo de 2.005, en materia relativa a Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 33.000 y 16.000 euros respectivamente, siendo Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, termino suplicando se dicte sentencia anulando la resolución impugnada, por inexistencia de expediente previo o por caducidad del expediente administrativo, y subsidiariamente por inexistencia de hechos sancionables o por vulneración de la presunción de inocencia de los actores o por vulneración del principio de culpabilidad o por vulneración del principio de tipicidad. Y subsidiariamente, se declare que la resolución ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la fijación de las sanciones, modificando su importe.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar, respectivamente, lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 9 de octubre de 2.007, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 28 de marzo de 2005 por el Ministro de Economía y Hacienda por la que se resuelve el expediente sancionador instruido por dicha Comisión Nacional del Mercado de Valores a "D.L.C., A.V., S.A." y a Don E.C.P. hoy actores, por la que se acuerda imponer a dichos recurrentes por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra q) de la ley 24/88 por la realización de la actividad de financiación sin contar con habilitación, la multa por importe de 24.000 euros al primero y 12.000 euros al segundo. Y por la comisión de una infracción muy grave de las recogidas en el artículo 99 letra l) de la ley 24/1988 por inobservancia de las obligaciones previstas en el Art. 70.1.h) de dicha ley, por el mantenimiento de un déficit en la inversión en activos líquidos y de bajo riesgo de los saldos acreedores de clientes, la multa de 9.000 euros el primero y 4.000 euros el segundo.

SEGUNDO.- Se declaran expresamente probados y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la resolución administrativa origen del recurso.

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º inexistencia de expediente, 2º caducidad del expediente, 3º vulneración de los principios constitucionales de presunción de inocencia, culpabilidad, tipicidad y proporcionalidad, y 4º inexistencia de infracciones legales.

CUARTO.- En primer lugar argumenta la actora la inexistencia de expediente con fundamento en que "en realidad solo se ha instruido un único expediente para todas las infracciones que se imputaban, en el cual los Instructores se han limitado a acordar la incorporación de determinados documentos, a recibir las alegaciones efectuadas por los expedientados..." concluyendo que un único expediente no puede servir para justificar tanto las resoluciones sancionadoras impuestas por la CNMV como las impuestas por el Ministro.

Como pone de relieve el Abogado del Estado, la propia ley 24/1988 impone la tramitación única del expediente, y como consecuencia de las conclusiones obtenidas por el organismo encargado por la ley de la instrucción, las sanciones se impondrán por la propia CNMV o por el Ministro.

El Art. 97 de la ley 24/1988 establece que:

"1. La competencia para la incoación, instrucción y sanción en los procedimientos sancionadores a que se refiere este Capítulo se ajustará a las siguientes reglas:

a. La incoación e instrucción de expedientes corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. La incoación de expedientes, cuando afecte a empresas de servicios de inversión autorizadas en otro Estado miembro de la Unión Europea, se comunicará a sus autoridades supervisoras, a fin de que, sin perjuicio de las medidas cautelares y sanciones que procedan con

arreglo a la presente Ley, adopten las que consideren apropiadas para que cese la actuación infractora o se evite su reiteración en el futuro.

b. La imposición de sanciones por infracciones graves y leves corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c. La imposición de sanciones por infracciones muy graves corresponderá al Ministro de Economía y Hacienda, a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y previo informe de su Comité consultivo, salvo la de revocación de la autorización, que se impondrá por el Consejo de Ministros."

Resulta en consecuencia que la instrucción corresponde en todo caso a la CNMV (como se ha instruido en el supuesto enjuiciado) y el motivo de recurso examinado debe desestimarse.

Se alega en segundo lugar la caducidad del procedimiento con fundamento en la circunstancia de que, a juicio de la actora, "la autoconcesión de una ampliación del plazo legalmente establecido para la tramitación y finalización del expediente sancionador que acuerda la Comisión Nacional del Mercado de Valores carece, por tanto de cobertura jurídica y es contraria a la ley" con cita del Art.49.1 de la ley 30/92 en la redacción dada por la ley 4/1999 .

La ampliación del plazo de tramitación fue conforme a derecho, por aplicación de lo dispuesto en el art 2 del R.D. 2219/93, y a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente en cuestión, no ofrece dudas a este Tribunal que las razones puestas de manifiesto por la Administración para justificar la ampliación (obra en el expediente en los folios 1.000 a 1.004) concurren y proporcionan un fundamento suficiente. En todo caso, no se han superado los plazos previstos en la ley.

QUINTO.- Se alega por la recurrente la vulneración de los principios constitucionales de presunción de inocencia, culpabilidad, tipicidad y proporcionalidad. Igualmente alega la inexistencia de las infracciones por las que se sanciona.

En cuanto a la presunción de inocencia, se vincula con el hecho de que a juicio de la actora no se ha practicado prueba de cargo, centrandó su razonamiento en el hecho de que el personal de la CNMV no tiene condición de funcionario público, con la consecuencia de que "los hechos narrados en las actas e informes suscritos por la Dirección General de Entidades de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que según la resolución ministerial constituyen el documento fundamental de cargo para la apreciación de la comisión de las faltas muy graves que se imputan a mis representados y la consiguiente imposición de sanciones carecen de presunción de exactitud y consecuentemente solo por sí mismos no destruyen el derecho constitucional a la presunción de inocencia que tienen mis representados".

El Tribunal Supremo en su jurisprudencia ha resuelto (sentencia de 6 de marzo de 2000 recurso 373/1993) que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo."

En el supuesto enjuiciado, el conjunto de la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración, en ausencia de toda actividad de descargo de la recurrente constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de la recurrente. El negar valor a la actuación de los funcionarios de la CNMV, que ejercen sus funciones de comprobación, no a la búsqueda de irregularidades constitutivas de infracción, sino para comprobar el cumplimiento por los operadores sujetos a la Ley del Mercado de Valores de las obligaciones impuestas por esta equivaldría, como ha señalado el Tribunal Supremo en su jurisprudencia, a imposibilitar la investigación de las actividades de dichos operadores.

Se alega la falta de culpabilidad sosteniendo que aunque no se niega la realidad de las funciones del Consejero Delegado se niega que su actuación "esté teñida de esa voluntariedad contraria a derecho" negando igualmente que haya existido culpa o negligencia.

El examen de esta alegación requiere recordar cuales son las conductas por las que se sanciona a los recurrentes, ambas tipificadas en el artículo 99 de la ley 24/1988:

"1. La inobservancia por las empresas de servicios de inversión de las obligaciones previstas en las letras a, b, c, g y h del número 1 del artículo 70, así como de las limitaciones y reglas previstas en los números 2, 3 y 4 del citado artículo y, en su caso, de las personas o entidades a que se refiere el artículo 65.2 q. Incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los artículos 64 y 65, así como la realización por las empresas de servicios de inversión o por las demás entidades registradas en la Comisión Nacional del Mercado de Valores de actividades para las que no estén autorizadas, y la inobservancia por una empresa de servicios de inversión o por sus apoderados, de las reglas que se establezcan al amparo de los apartados 3 y 4 del artículo 65."

Por su parte, el Art. 70 establece:

"1. Las empresas de servicios de inversión deberán cumplir las obligaciones previstas en esta Ley y sus normas de desarrollo y, en especial:

a. Cumplir, en la forma que reglamentariamente se determine, los requisitos que para su autorización se contemplan en el artículo 67.

Reglamentariamente se determinará la forma de comunicar aquellos cambios en las condiciones de la autorización que pueden ser relevantes para la labor supervisora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y las facultades de ésta.

b. Llevar los registros de las operaciones en que intervengan en la forma que reglamentariamente se determine.

c. Informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la forma que reglamentariamente se determine, de las operaciones que efectúen, en especial, cuando tengan por objeto valores o instrumentos financieros negociados en mercados secundarios oficiales.

g. Informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en la forma y con la periodicidad que reglamentariamente se establezca, sobre la composición de su accionariado o de las alteraciones que en el mismo se establezca. Tal información comprenderá necesariamente la relativa a la participación de otras entidades financieras en su capital, cualquiera que fuera su cuantía. Reglamentariamente se establecerá en qué casos la información suministrada tendrá carácter público.

h. Tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos. Reglamentariamente se regularán los mecanismos de control interno que deberán cumplimentar las empresas de servicios de inversión para cumplir adecuadamente esta obligación."

El artículo 64 establece:

"1. Son empresas de servicios de inversión las siguientes:

- a. Las sociedades de valores.
- b. Las agencias de valores.
- c. Las sociedades gestoras de carteras.

2. Las sociedades de valores son aquellas empresas de servicios de inversión que pueden operar profesionalmente, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia, y realizar todos los servicios de inversión y actividades complementarias previstas en el artículo 63.

3. Las agencias de valores son aquellas empresas de servicios de inversión que profesionalmente sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella. Podrán realizar los servicios de inversión y las actividades complementarias previstas en el artículo 63, con excepción de los previstos en el número 1, apartados c y f, y en el número 2, apartado c.

4. Las sociedades gestoras de carteras son aquellas empresas de servicios de inversión que exclusivamente pueden prestar el servicio de inversión previsto en el apartado d del número 1 del artículo 63. También podrán realizar las actividades complementarias previstas en los apartados d y f del número 2 del citado artículo.

5. Las denominaciones de Sociedad de Valores, Agencia de Valores y Sociedad Gestora de Carteras, así como sus abreviaturas S.V., A.V. y S.G.C., respectivamente, quedan reservadas a las entidades inscritas en los correspondientes registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las cuales están obligadas a incluirlas en su denominación. Ninguna otra persona o entidad podrá utilizar las mismas o cualquier otra que induzca a confusión.

6. Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar habitualmente las

actividades previstas en el apartado 1 y en las letras a y c del apartado 2 del artículo 63, en relación con los instrumentos previstos en el apartado 4 de dicho precepto, comprendiendo, a tal efecto, a las operaciones sobre divisas.

7. Las personas o entidades que incumplan lo previsto en los dos apartados anteriores serán sancionadas según lo previsto en el Título VIII de esta Ley. Si requeridas para que cesen inmediatamente en la utilización de las denominaciones o en la oferta o realización de las actividades, continuaran utilizándolas o realizándolas serán sancionadas con multas coercitivas por importe de hasta trescientos mil euros, que podrán ser reiteradas con ocasión de posteriores requerimientos.

Será competente para la formulación de los requerimientos y para la imposición de las multas a que se refiere el párrafo anterior, la Comisión Nacional del Mercado de Valores que también podrá hacer advertencias públicas respecto a la existencia de esta conducta. Los requerimientos se formularán previa audiencia de la persona o entidad interesada y las multas se impondrán con arreglo al procedimiento previsto en la Ley.

Lo dispuesto en este apartado se entiende sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso de orden penal, que puedan ser exigibles.

8. El Registro Mercantil y los demás Registros públicos no inscribirán a aquellas entidades cuyo objeto social o cuya denominación resulten contrarios a lo dispuesto en la presente Ley. Cuando, no obstante, tales inscripciones se hayan practicado, serán nulas de pleno derecho, debiendo procederse a su cancelación de oficio o a petición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Dicha nulidad no perjudicará los derechos de terceros de buena fe, adquiridos conforme al contenido de los correspondientes Registros."

Y el artículo 65 determina que:

"1. Las entidades de crédito, aunque no sean empresas de servicios de inversión según esta Ley, podrán realizar habitualmente todas las actividades previstas en su artículo 63, siempre que su régimen jurídico, sus estatutos y su autorización específica las habiliten para ello.

2. El Gobierno podrá regular la creación de otras entidades, así como permitir a otras personas o entidades que, sin ser empresas de servicios de inversión según esta Ley, puedan realizar alguna de las actividades propias de las mismas, o que contribuyan a un mejor desarrollo de los mercados de valores. Estas personas o entidades no podrán prestar servicios de inversión sobre los instrumentos financieros referidos en el número 4 del artículo 63, con excepción de los comprendidos en el apartado a del número 1 del artículo 63, siempre que en este supuesto no reciban en depósito fondos o instrumentos financieros de sus clientes.

Se establecerán reglamentariamente los requisitos para constituir estas entidades, su objeto social, su forma de actuación en España y en el extranjero, y los demás extremos que configuren su régimen jurídico, incluido, en su caso, el régimen de autorización administrativa e inscripción en los Registros Especiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. A dichas personas o entidades les será de aplicación el régimen sancionador propio de las empresas de servicios de inversión con las adaptaciones que reglamentariamente se establezcan, atendida su naturaleza específica.

3. Se establecerán reglamentariamente los requisitos que deben cumplir los que actúen con carácter habitual como agentes o apoderados de las empresas de servicios de inversión, así como los apoderamientos que les sean conferidos y su régimen de actuación.

4. En todo caso, a las entidades y personas a que se refiere este artículo les serán de aplicación las disposiciones de esta Ley y sus normas de desarrollo en cuanto a la realización y disciplina de los servicios y actividades previstos en su artículo 63 y a su posible participación en los mercados secundarios oficiales de valores.

5. Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59.3 de esta Ley respecto a las especiales categorías de miembros de los mercados de futuros y opciones."

Tanto de la lectura del artículo 99 como de los citados por este y más arriba reproducidos, no resulta, a juicio de esta Sala, una dificultad interpretativa que justifique el que los recurrentes no entendiesen cuales son sus obligaciones y cuales las prohibiciones impuestas por la ley, no obstante lo cual realizaron la actividad de financiación sin contar con habilitación e incumplieron las obligaciones que impone la ley en relación con sus clientes. Por tales razones procede declarar ajustada a derecho la calificación efectuada por la Resolución impugnada, que aprecia en el sujeto obligado la falta de la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones, al no observar en su actuar como agencia de valores y como administrador de la misma respectivamente, la diligencia que a dicha condición le es exigible.

Las actuaciones tenidas a la vista para resolver el presente recurso permiten comprobar que las conductas llevadas a cabo por los actores están tipificadas en la normativa examinada, y que las infracciones legales existieron: en los propios hechos probados se relacionan detalladamente los elementos fácticos que sustentan las conclusiones que deben ser confirmadas por esta Sala.

Finalmente, en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones impuestas, se aprecia que las multas se han impuesto en el tramo inferior o medio dentro de las posibilidades que ofrece el artículo 106 de la Ley 24/88 , guardando la correlación que el ordenamiento jurídico de aplicación establece para las infracciones cometidas, vistas las circunstancias de las mismas y de la actuación de la entidad mercantil y el administrador sancionadas.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida por su conformidad a derecho.

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional , justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "D.L.C., A.V. S.A." y Don E.C.P. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda dictada el 28 de marzo de 2005 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.