

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE OCTUBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 26/2015
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 24 de noviembre de 2014, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 23 de junio de 2014.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 26/2015**, se tramita a instancia de **MIRAMAR CAPITAL ASESORES, E.A.F.I., S.L.** y **D. A.Z.R.** representados por el Procurador D. A.C.M. contra la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 24 de noviembre de 2014, por la que se desestimó el recurso de alzada contra la Resolución de fecha 23 de junio de 2014 dictada por el Consejo de la CNMV, y que resolvía el expediente sancionador a los recurrentes, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y son las Resoluciones de fecha 23 de junio y 24 de noviembre de 2014.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 9 de octubre de 2018 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso contra la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad, de 24 de noviembre de 2014, que confirmó en alzada otra

resolución anterior de 23 junio del mismo año, dictada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que resolvía el expediente sancionador incoado a los hoy recurrentes, imponiendo una multa por importe de 200.000 euros a la sociedad y 30.000 euros a su administrador por la comisión de una infracción grave del artículo 100 d) de la Ley 24/1998, de 28 julio, del Mercado de Valores, por la percepción desde su constitución hasta el 31 de marzo de 2012, de comisiones en cuantía superior a las establecidas como máximas en el folleto de tarifas registrado por la EAFI recurrente en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, según lo previsto en el Real Decreto 217/2008 y directiva comunitaria 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros.

SEGUNDO.- Las alegaciones de la parte recurrente constituyen sustancialmente una reiteración de las que formuló en vía administrativa, tanto con anterioridad a la resolución impugnada y que puso fin a aquella vía, como en su recurso de alzada, alegaciones que han obtenido una motivada y adecuada respuesta jurídica en la resolución objeto del presente recurso.

En efecto, si bien es cierto que según la citada normativa, el régimen jurídico de las tarifas por prestación de servicios de inversión se fundamenta en el principio de libertad de decisión de las entidades asesoras, la protección de los clientes inversores exige que tales tarifas sean "máximas", no pudiéndose cargar a los clientes comisiones superiores o condiciones más gravosas; además, las tarifas deben ser recogidas en un folleto informativo que debe ser redactado de forma clara, concreta y comprensible, debiendo remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con carácter previo a su aplicación, además de estar a disposición del público en todas sus oficinas y en su página web.

Pues bien, está acreditado que la entidad recurrente no ajustó su conducta al folleto de tarifas registrado en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, porque en lo relativo a la prestación del servicio de asesoramiento continuado cobro comisiones superiores a las recogidas en el folleto a 88 clientes, es decir, el 35% del número total de clientes de asesoramiento continuado; y a todos los clientes (251 clientes de asesoramiento continuado) les cobró las comisiones por anticipado, siendo así que según el folleto debería cobrarse a mes vencido. Y en lo relativo a la prestación del servicio de asesoramiento puntual para todos estos clientes (173 clientes con contrato de asesoramiento puntual), no se aplicó la tarifa máxima establecida en el folleto de tarifas.

Según la parte recurrente no es de apreciar infracción porque su conducta no vulnera la finalidad última de la norma: que el cliente reciba una información imparcial, clara y no engañosa y, en último término, que conozca las comisiones que se le van a cobrar.

Sin embargo, esta alegación no puede ser acogida. La exigencia legal es que las entidades no deben cobrar comisiones que superen las establecidas como máximas en los folletos de tarifas registrados en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de modo que si se pretende cobrar tarifas superiores o aplicar condiciones más gravosas las entidades deben previamente modificar el folleto y darle la oportuna publicidad oficial y

registro, siendo irrelevante a efectos de la observancia del régimen jurídico establecido el pacto, real o supuesto, entre la entidad y los clientes.

Las alegaciones de la parte recurrente relativas a la tramitación del procedimiento administrativo sancionador carecen de virtualidad anulatoria. Alega ausencia de documentos fundamentales en el expediente administrativo. Sin embargo, no consta que los documentos precisos (entre otros extremos, para evitar indefensión de la parte recurrente) dejen de obrar en el expediente administrativo, habiendo sido incorporados de oficio antes de la formulación del pliego de cargos y estado a disposición de los expedientados durante la tramitación del procedimiento.

Tampoco se tiene constancia de la realidad las alegadas actas de reuniones entre la recurrente y representantes del Departamento de Supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y tampoco consta que la parte recurrente haya aportado actas suscritas entre ella y la Administración durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

También debe rechazarse la alegación relativa a la nulidad de pleno derecho por un supuesto incumplimiento del procedimiento administrativo, pues el requerimiento que le fue efectuado a la demandante el 12 de diciembre de 2012 fue una medida independiente de la incoación y del procedimiento administrativo sancionador y que obedece a la existencia de hechos constitutivos de infracción grave o muy grave. El requerimiento a la recurrente para la adopción de medidas de subsanación no impide la tramitación del procedimiento administrativo sancionador si las deficiencias fueran constitutivas de infracción del ordenamiento jurídico. El hecho de que el artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores prevea que las autoridades puedan requerir cese de prácticas irregulares como medida cautelar en el transcurso de un expediente sancionador no impide que también pueda requerirse la subsanación de deficiencias al margen del ejercicio de la potestad sancionadora. Y por otra parte, el artículo 107 bis de la Ley del Mercado de Valores lo que establece es un procedimiento simplificado para subsanación de deficiencias e indemnización de afectados en caso de infracciones leves, pero dicho procedimiento no excluye el eventual ejercicio posterior de potestades sancionadoras por infracciones graves o muy graves.

Debe rechazarse la alegación relativa a la ausencia de dolo o culpa, pues no estamos ante una cuestión sobre interpretación razonable de la norma, ya que no consta la existencia de dificultades de entendimiento sobre el alcance y finalidad de la misma, y lo que se ha acreditado es precisamente la comisión de la infracción sancionada, tal y como pone de manifiesto al fundamento jurídico sexto de la Resolución recurrida en cuanto remite al también fundamento jurídico sexto del acto administrativo que confirma.

Por último, la procedencia de la cuantía de las sanciones impuestas y su congruencia con lo previsto en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores resulta patente. El importe del exceso de comisiones cobradas por la recurrente sobre las máximas establecidas en el folleto ascendió a 175.000 euros y la multa que podría ser impuesta podría legalmente alcanzar hasta los 350.000 euros, es decir, el equivalente al doble del

beneficio obtenido por el exceso de comisiones cobradas. El fundamento jurídico noveno de la Resolución Sancionadora pone de manifiesto que se tuvo en cuenta el principio de proporcionalidad, considerando las ganancias obtenidas por la recurrente y el consiguiente correlativo perjuicio causado a los clientes, el tamaño reducido de la sociedad y el hecho de que según lo previsto en el artículo 131 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, el establecimiento de la sanción no puede resultar más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas. Y tampoco puede acogerse la alegación relativa a la consideración de que la recurrente colaboró en todo momento con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, pues sencillamente tenía la obligación de hacerlo aportando la documentación solicitada y cesar en las conductas infractoras al ser requerida.

Por todo lo expuesto, ajustándose al ordenamiento jurídico la actuación administrativa objeto del presente recurso, procede su desestimación.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la recurrente debe ser condenada al pago de las costas.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por **MIRAMAR CAPITAL ASESORES, E.A.F.I., S.L. y D. A.Z.R.**

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.