

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE ENERO DE 2008

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.**

**Recurso nº:** 304/05

**Ponente:** D. Jose Mª del Riego Valledor

**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de marzo de 2005

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintiuno de enero de dos mil ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 304/2005, se tramita, a instancia de "I.C.C.J., SGC, S.A." y Don E.C.P., representados por la Procuradora Doña C.Z.L., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 29 de marzo de 2005, sobre infracciones de la Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 12.000 euros y 6.000 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de "I.C.C.J., S.G.C., S.A." y Don E.C.P., interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 2 de junio de 2005, y la Sala, por providencia de fecha 9 de junio de 2005, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

**TERCERO.-** Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y tras los escritos de conclusiones, se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2008.

**CUARTO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 29 de marzo de 2005, por la que se impusieron las sanciones que ahora se dirán a "I.C.C.J., S.G.C., S.A." y al miembro de su Consejo de Administración, Don E.C.P., partes actoras en este recurso.

La Resolución del Ministro de Economía y Hacienda impugnada incluía los siguientes

acuerdos en su parte dispositiva:

a) Imponer a "I.C.C.J., SGC, S.A." la siguiente sanción: Por la comisión de una infracción muy grave de las recogidas en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , por la realización de la actividad de financiación, sin contar con habilitación, MULTA por importe de 12.000 euros.

b) Imponer a Don E.C.P. la siguiente sanción: Por la comisión de una infracción muy grave de las recogidas en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , por la realización de la actividad de financiación, sin contar con habilitación, MULTA por importe de 6.000 euros.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en su demanda: 1) nulidad del expediente por las irregularidades cometidas, 2) Caducidad del expediente, 3) Inexistencia de infracción y de vulneración de la letra q) del artículo 99 LMV, 4) vulneración del principio de presunción de inocencia, 5 ) vulneración del principio de culpabilidad, 6) vulneración del principio de culpabilidad, y 7) vulneración del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que resulta acreditada la realización por la Gestora demandante de una actividad de financiación para la que no se encuentra autorizada, lo que constituye la infracción muy grave del artículo 99 q) LMV, sin que ninguno de los defectos formales que se alegan en la demanda puedan dar lugar a la nulidad de derecho que se apunta por los recurrentes.

**TERCERO.-** En primer término se exponen por el recurrente un conjunto de irregularidades en el expediente que considera que motivan su nulidad.

La Sala, tras el examen de todas las irregularidades que se denuncian por la parte actora, llega a la conclusión de que se trata bien de irregularidades que no existen, bien de irregularidades que se han subsanado, o que carecen de la trascendencia que el recurrente les atribuye.

Así, se alega como irregularidad que los folios 240-246 del expediente deberían preceder a los folios 222 y siguientes, pero la cuestión no es de una importancia que pueda calificarse de relevante, pues el expediente ha sido remitido a la Sala convenientemente foliado, lo que facilita su examen con independencia del lugar anterior o posterior en el que hayan sido colocados unos determinados documentos.

En cuanto a la falta de folios en el expediente, la parte actora ha tenido ocasión en este recurso de solicitar de la Administración que completara el expediente con los folios que faltaban, lo que hizo mediante escrito presentado el 13 de septiembre de 2005, en el que solicitó que se aportarían los folios 4, 8, 12, 16, 197, 199, 201, 203, 205, 207, 209, 211, 213, 215, 248, 249, 251, 253, 629 y 1053, a lo que se accedió por la Sala y la Administración remitió todos los folios solicitados por el demandante en escrito de fecha de entrada 3 de octubre de 2005. Una vez aportados todos los documentos solicitados por la recurrente, esta no volvió a solicitar la ampliación del expediente a nuevos folios no solicitados, sino que denunció su falta en la demanda como motivo de nulidad. Se trata de la falta de 3 folios, números 247, 250 y 497, que la Sala considera no causa ninguna

indefensión al recurrente, porque los dos primeros son los correspondientes a las páginas 1 y 4 del balance de sumas y saldos de junio de 2003, correspondiente a la sociedad recurrente, que esta obviamente conoce, y el folio 497 ni fue solicitado por la actora como ampliación del expediente, ni se trata de un documento al que pueda asignarse relevancia alguna, ni siquiera cabe tener la certeza de su existencia, por la nota que aparece en el folio 498 (000497 no existe).

Tampoco ocasiona ningún tipo de indefensión el hecho de que los folios 498 a 565 y 694 a 715 no correspondan en opinión del recurrente al expediente, sin perjuicio de que no sea cierto que tales folios sean ajenos a los actores, pues consisten en escrituras y otros documentos en los que aparece Don E.C.P., que es uno de los demandantes en este recurso. La misma falta de relevancia tiene el defecto de que los documentos que la parte actora acompañó a un escrito aparezcan dispersos, pues lo cierto es que no falta ninguno de ellos.

Alega también el recurrente, en este apartado de irregularidades del expediente, que se remitió al Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), únicamente la propuesta de resolución de los instructores, sin acompañarse sus alegaciones y el expediente completo, lo que le ha causado indefensión. Sin embargo, en el período de prueba de este expediente ha quedado acreditado justo lo contrario de lo que afirma la parte actora, mediante escrito del Vicepresidente de la CNMV, de fecha 6 de febrero de 2007, que afirma que se remitió a los miembros del Comité Consultivo la propuesta de resolución redactada por los instructores junto a las alegaciones de los expedientados, y que el expediente sancionador se puso a disposición de los componentes del Comité Consultivo en los locales de la CNMV, de acuerdo con el artículo 1 de las Normas de Régimen Interior del Comité Consultivo.

**CUARTO.-** Considera la parte recurrente que el expediente ha caducado por el transcurso del tiempo, pues desde la incoación del expediente hasta su resolución definitiva ha transcurrido más de 1 año, lo que conlleva que la Resolución sea nula de pleno derecho.

El artículo 2.1 del RD 2119/1993, de 3 de diciembre, que regula el Procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, indica que el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación.

En nuestro caso, el acuerdo de incoación del expediente sancionador fue adoptado por el Consejo de la CNMV en su reunión de 22 de septiembre de 2003 (folio 1 del expediente administrativo), luego esa es la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción.

El artículo 2.2 del RD 2119/1993 añade que tanto el plazo total como los parciales que establece puedan ser ampliados, según lo previsto en el apartado 1 del artículo 49 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), debiéndose notificar la decisión adoptada a los interesados. El artículo 49.1 LRJPAC permite, en efecto, una ampliación de los plazos establecidos, que no excederá de la mitad de los mismos, si las circunstancias

lo aconsejan y con ello no se perjudican intereses de terceros, insistiendo en el requisito de la notificación del acuerdo de ampliación a los interesados.

El Consejo de la CNMV acordó el 17 de junio de 2004 la ampliación del plazo para tramitar y resolver el procedimiento sancionador por otros 6 meses (folios 784 a 787 y 789 a 797 del expediente administrativo), lo que se notificó oportunamente a los recurrentes. Se cumplieron igualmente los requisitos de que la ampliación no excediera de la mitad del plazo y de la concurrencia de circunstancias que aconsejaran la ampliación, explicadas en el Acuerdo y consistentes en la necesidad de comprobar las alegaciones efectuadas al pliego de cargos acerca de haber sido regularizados gran parte de los hechos imputados.

La parte actora, sin embargo, encuentra que la ampliación es contraria a derecho, pues en su interpretación del artículo 49.1 LRJPAC llega a la conclusión de que el mismo no faculta a la Administración a concederse un plazo de ampliación de los expedientes. Tal tesis no es compartida por la Sala, porque el artículo 49.1 LRJPAC, al referirse a la ampliación de los plazos, expresamente indica que la dicha ampliación podrá concederse "...de oficio..." o a petición de los interesados.

Por tanto, incoado el expediente sancionador el 22 de septiembre de 2003, su plazo de tramitación de un año, ampliado en seis meses más, concluía el 22 de marzo de 2005.

Pero todavía debe tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de prescripción que el artículo 42.5 de la LRJPAC contempla la posibilidad de suspender el plazo máximo legal para resolver un procedimiento en los casos que describe, entre los que se encuentra en la letra d) el supuesto de que deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, en cuyo caso la suspensión se producirá por el tiempo que medie entre la petición, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, sin que este plazo de suspensión pueda exceder de tres meses.

En providencia de 19 de enero de 2005 (folios 1028 a 1033 y 1042 a 1054) los Instructores informaron a los hoy recurrentes de la suspensión del procedimiento sancionador desde el 13 de enero de 2005, fecha en la que el Comité Ejecutivo de la CNMV acordó remitir el expediente al Comité Consultivo para emisión de su informe preceptivo, notificándose dicha suspensión a los demandantes (folios 1034 y 1055 del expediente administrativo). El Comité Consultivo informó favorablemente la propuesta de resolución del expediente sancionador y recibido el Informe, los Instructores en providencia de 23 de febrero de 2005 (folios 1150 a 1156 y 1158 a 1164), oportunamente notificada, comunicaron a los recurrentes el levantamiento de la suspensión desde el 22 de febrero de 2005, fecha de recepción por el Consejo de la CNMV del Informe preceptivo del Comité Consultivo, por lo que el período de suspensión había sido de 33 días hábiles, con la consecuencia de ampliarse el plazo de resolución hasta el 4 de mayo de 2005.

La Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, que puso fin al procedimiento sancionador y es objeto del presente recurso contencioso administrativo es de 29 de marzo de 2005, y ha sido notificada a los recurrentes el 8 de abril de 2005 (folios 1190 y 1211 del expediente administrativo), luego fue dictada y notificada antes del final de la

ampliación del plazo debida a la emisión del preceptivo informe del Comité Consultivo, por lo que no puede apreciarse la caducidad del expediente invocada por los demandantes.

**QUINTO.-** Los hechos por los que resultó sancionada la sociedad recurrente y su Presidente y Consejero Delegado, consistieron en la financiación otorgada a otras entidades con las que mantenía vinculaciones accionariales o se encuentran en el entorno de Don E.C.P., codemandante en estos autos.

Es un hecho probado en el expediente administrativo que la sociedad actora, "I.C.C.J., S.G.C, S.A.", inscrita en el Registro Administrativo de la CNMV, a 31 de agosto de 2002, fecha de la visita efectuada por la Dirección de Supervisión de la CNMV, tenía un capital social de 145.000 euros, distribuido entre tres accionistas: Don E.C.P., parte codemandante en estos autos (50,75% del capital social), que desempeñaba los cargos de Presidente y Consejero Delegado, Don J.C.C. (30% del capital social) y Dña. M.C.R. (19,25 del capital social).

La Sociedad actora formaba parte de un grupo consolidable supervisado por la CNMV, compuesto por la propia sociedad, "D.L.C., A.V., S.A." y por la sociedad patrimonial "B.I., S.L."

Resulta también acreditado en el expediente, la entrega de fondos por la sociedad actora por importe de 110.000 euros a entidades o personas vinculadas a la sociedad o al entorno del Sr. E.C.P. Tales entregas, en un total de 5 operaciones, no se discuten por la parte actora, que niega sin embargo el carácter de operaciones de financiación que les atribuye la Resolución impugnada. Las 5 operaciones de entregas de fondos fueron las siguientes: 4.000 euros a J.C.C., 75.000 euros a S.H., 7.000 euros a R.T., S.L., 9.000 euros a F.P., y 2.000 euros a D.L., S.L.

La Sala comparte los razonamientos de la Resolución impugnada sobre el análisis de las anteriores entregas de fondos, que no tienen acreditada o probada una finalidad conocida de pago correspondiente a una entrega de bienes o servicios.

Así, en el caso de la entrega de 4.000 euros a J.C.C., que según la sociedad actora tenía por finalidad la constitución e inicio de actividad de una sociedad broker en Estados Unidos, lo cierto es que aparte del justificante de la transferencia (documento nº 3 de los acompañados con la demanda), que únicamente acredita la existencia de la entrega de fondos, su importe, el ordenante y el destinatario, nada se probó ni justificó sobre esa constitución e inicio de la actividad de la sociedad broker, ni durante la visita de inspección, ni posteriormente.

La entrega de 70.000 euros (87.000 euros con IVA), está documentada por el registro contable de una factura de 8 de junio de 2001 (documento nº 4 de los acompañados a la demanda), emitida por S.H., S.L., por importe de 12.500.000 pesetas (14.500.000 pesetas con IVA), por los conceptos de "asesoramiento, estudio de mercado y gestiones realizadas en la compraventa del piso sito en Barcelona, c/ Muntaner nº 411, pral. 1ª", si bien la compraventa de dicho inmueble se realizó mediante arrendamiento financiero por "B.I., S.L." (sociedad vinculada), que es la titular del inmueble, por lo que la entrega de

los fondos a una sociedad vinculada para pagar un determinado servicio recibido por esta última, debe entenderse como una operación de concesión de financiación.

Iguals consideraciones acerca de la naturaleza de operaciones de financiación cabe realizar respecto de las otras tres operaciones antes citadas, de entregas de 7.000 euros a S.H., 9.000 euros a F.P., y 2.000 euros a D.L., S.L., en los que no se acredita por la parte actora la recepción de bienes o servicios que justifiquen las entregas, en el primer caso, como igualmente ocurre en el segundo caso, en el que no puede aceptarse que la entrega corresponda a la compra de una escultura, porque la factura por ese concepto es de año y medio posterior al registro del desembolso y en el tercer caso la sociedad mantenía registrado un pago de 9.000 euros como gastos de personal imputables a F.P., que es un empleado de "D.L.C., A.V.", si bien la sociedad recurrente no efectuó el pago al trabajador, sino a "D.L.C., A.V.", mediante una transferencia por importe de 2.000 euros y compensando un saldo deudor, sin acreditar en ningún momento la justificación del pago.

**SEXTO.-** Alega la parte actora que la Resolución impugnada infringe los principios de presunción de inocencia, culpabilidad, tipicidad y proporcionalidad.

El principio de tipicidad, que exige la previa descripción legal de la conducta infractora, aparece cumplido en el artículo 99, letra q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que considera falta muy grave la siguiente conducta por parte de las personas físicas y entidades sujetos al régimen jurídico de la LMV:

"...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".

Las empresas que prestan servicios de inversión y demás entidades registradas en la CNMV, cuya actividad regulada en la LMV es la de prestar a terceros, con carácter profesional, los servicios de inversión que se indican en los artículos 63, 64 y 65 LMV, tienen limitada su actividad a los servicios de inversión que correspondan a su autorización y registro administrativo (en este caso, a los servicios de inversión correspondientes a las Sociedades Gestoras de Carteras), sin que entre los servicios que pueden prestar las sociedades de inversión se encuentren los de financiación, esto es, la actividad de conceder créditos o préstamos.

**SÉPTIMO.-** Las alegaciones sobre la infracción de los principios de presunción de inocencia, culpabilidad y proporcionalidad son idénticas a las efectuadas por la sociedad vinculada "D.L.C., A.V., S.A." y Don E.C.P., codemandante en estos autos, en el recurso 305/2005, frente a la otra Resolución sancionadora de la CNMV por hechos similares, por lo que reiteramos ahora los razonamientos que efectuábamos en nuestra sentencia dictada en el citado recuso el 11 de octubre de 2007:

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.

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.

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.

**OCTAVO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "I.C.C.J., S.G.C., S.A." y Don E.C.P., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 29 de marzo de 2005, que declaramos ajustada a

derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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.