

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 2008

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 6917/05

Ponente: Don Oscar González González

Acto Impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 22 de junio de 2005.

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil ocho.

En el recurso de casación nº 6917/2005, interpuesto por la Entidad "E., A.V., S.A.", representada por la Procuradora Dña. E.M.G., y asistida de letrado, contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 22 de junio de 2005, recaída en el recurso nº 87/2004, sobre sanción por infracción de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia desestimando el recurso promovido por la Entidad "E., A.V., S.A.", contra dos Resoluciones, la primera de ellas por el Ministro de Economía y Vicepresidente Primero del Gobierno, de fecha 18 de diciembre de 2003 que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra otra de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 14 de julio de 2003, que acordó imponer a la recurrente dos sanciones por infracción grave del art. 100 o) y 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores .

Y, la segunda de ellas, contra resolución del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía de 19 de diciembre de 2003, que acordó imponer a la recurrente tres sanciones por infracciones muy graves de los arts. 99 e); 99 l), inobservancia de la obligación prevista en el art. 70.1 h) del mismo texto legal, y 99 l), inobservancia de la limitación prevista en el art. 70.3 del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Notificada esta sentencia a las partes, por la recurrente se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 10 de octubre de 2005, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la recurrente ("E., A.V., S.A.") compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 30 de noviembre de 2005, el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, los siguientes motivos de casación:

ÚNICO) Al amparo de lo preceptuado en el nº 1, letra d) del art. 88 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de las normas del Ordenamiento Jurídico o de la Jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate. Infracción por vulneración del art. 127, 129, 130.1, 131 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, RJAP-PAC .

Terminando por suplicar dicte resolución en la que, estimando el recurso de casación, case y anule la sentencia impugnada, anulando, igualmente, las resoluciones administrativas objeto del recurso contencioso-administrativo del que el actual trae causa, o, subsidiariamente,

adecuando las sanciones impuestas a las exigencias derivadas del Principio de Proporcionalidad.

CUARTO.- Por providencia de la Sala, de fecha 7 de marzo de 2007, se admitió a trámite el presente recurso de casación, ordenándose por otra de 11 de abril de 2007 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al mismo, lo que hizo mediante escrito de fecha 24 de abril de 2007, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dicte sentencia por la que se desestime el recurso, con expresa imposición de costas a la recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 25 de abril de 2008, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 24 de junio siguiente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Óscar González González, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó el recurso interpuesto por "E., A.V., S.A." contra dos resoluciones sancionadoras, una de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y otra del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía.

La primera imponía a dicha entidad las siguientes sanciones:

1) Multa por importe de 30.000 euros y amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado, por la comisión de una infracción grave del artículo 100 o) de la Ley 24/12998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), por la concesión ocasional de créditos o préstamos, actividad para la que no está autorizada.

2) Multa por importe de 30.000 euros, y amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado, por la comisión de una infracción grave del artículo 100 t) de la LMV , por incumplimiento de normas de conducta, al no haber aplicado los procedimientos y controles adecuados para salvaguardar el registro de operaciones.

La segunda resolución impuso a la entidad recurrente las siguientes sanciones:

1) Multa por importe de 240.000 euros y amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 e) de la LMV , por no haber contabilizado determinados ingresos correspondientes a operaciones en las que ha mediado.

2) Multa de 72.000 euros y amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del

Estado, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la LMV , por la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 70.1 h) de la LMV, en relación con la utilización de cuentas ómnibus sin el cumplimiento de los requisitos previos establecidos.

3) Multa de 60.000 euros y amonestación pública con publicación en el BOE, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la LMV , por la inobservancia de la limitación prevista en el artículo 70.3 de la LMV en lo relativo a la recepción de financiación.

Contra esta sentencia se ha interpuesto la presente casación con base en los motivos transcritos en los antecedentes.

El recurso sólo puede admitirse respecto de la sanción impuesta por la infracción muy grave del art. 99.e) LMV, al ser la única que supera la cuantía que permite el acceso a la casación el artículo 86.2 de la Ley Jurisdiccional , sin que el hecho de que se acompañen de amonestación pública eluda esa irrecurribilidad, pues, según se desprende del artículo 103 LMV, dicha sanción merece la consideración de inferior gravedad que la de multa que prevé el mismo artículo, cuya cuantía no supera la prevista para el acceso a la casación. En este sentido se ha pronunciado esta Sala en su sentencia de 11 de octubre de 2006.

SEGUNDO.- La parte recurrente aduce una serie de consideraciones relativa a todas las infracciones -principio de legalidad y tipicidad, principio de responsabilidad, presunción de inocencia-. Dado su carácter general procede que se examinen en primer lugar para luego entrar en el estudio de los argumentos con los que trata de desvirtuar la sentencia en relación con la parte de recurso que ha sido admitida.

Con relación a los principios de legalidad y tipicidad, hay que señalar que no se aprecia infracción de los mismos en las resoluciones impugnadas. Las conductas sancionadas están perfectamente predeterminadas, unas de forma directa en la propia Ley del Mercado de Valores (artículos 99 y 100), bien por remisiones a obligaciones previstas en la misma (artículo 70), con el complemento de desarrollo reglamentario recogido en las Circulares de la Comisión del Mercado de Valores, siendo constante la doctrina del Tribunal Constitucional y la jurisprudencia de esta Sala, que indica que no se lesionan tales principios por la remisión al reglamento, cuando las conductas son perfectamente determinables previamente en norma con rango de Ley, cual ocurre en el caso de autos con referencia a las distintas infracciones que se han imputado a la entidad recurrente.

No se observa que se haya sancionado a la entidad recurrente con base en un criterio de responsabilidad objetiva. En efecto, reconocido tanto en la doctrina como en el ordenamiento jurídico administrativo la imputabilidad de las personas jurídicas, es obvio que las infracciones previstas en la Ley pueden ser cometidas por éstas a través de sus representantes. La existencia de culpabilidad deriva de la propia conducta de éstos que, bien en forma activa realizan actuaciones prohibidas por la ley, bien en forma omisiva dejan de cumplir obligaciones que la misma establece. Esta Sala ya ha manifestado en varias ocasiones (sentencia de 18 de octubre de 2006 y las que en ella se citan), que la actuación en determinados campos de mercado supone el conocimiento de las reglas que lo rigen por

parte de los que en el intervienen, sin que se pueda alegar ignorancia a este respecto. La singular cualificación de las personas físicas que administran o dirigen las entidades de que se trata lleva a presumir que su preparación les permite detectar las consecuencias probables de las prácticas que tales entidades desarrollan y si éstas son o no conformes al ordenamiento jurídico.

En relación con la presunción de inocencia, la sentencia establece de forma clara y precisa, los elementos probatorios que ha tenido en cuenta para considerar acreditada la comisión de los tipos infractores, como se verá en los siguientes fundamentos, por lo que no puede hablarse de que se ha violado el artículo 24 de la Constitución, cuando existe base suficiente para formular una prueba de cargo, frente a la cual puede la parte sancionada formular la suya de descargo, sin ningún tipo de indefensión.

TERCERO.- Con referencia a la infracción muy grave del artículo 99 e) de la LMV , por no haber contabilizado determinados ingresos correspondientes a operaciones en las que ha mediado, el Tribunal de instancia indicó que:

"Al respecto y según se desprende de la relación de Hechos Probados de la Resolución Ministerial impugnada, ha quedado plenamente acreditado que la actora no registró contablemente una parte de los ingresos "por comisiones" generados en las operaciones por ella intermediadas, y ello, por la vía de desviar la facturación y cobro de dichas comisiones a terceras sociedades a ella vinculadas. Tal acreditación viene dada, sin duda, por los siguientes hechos que se detallan en la resolución impugnada:

- Los intermediarios financieros Banque Bruxelles Lambert (BBL), Banco Exterior-Londres, Banque Nationales de París, Banque Paribas y Caja Galicia han manifestado, y acreditado con las correspondientes facturas, haber pagado comisiones, por la realización de operaciones en el mercado de divisas entre los años 1994 y 1999, a "E.D., S.A." y/o a "E., S.A."

- Las operaciones que han dado lugar a las comisiones facturadas y cobradas por "E.D., S.A." y a "E., S.A." han sido intermediadas por la expedientada -"E., A.V., S.A."- y así aparecen en el listado de operaciones que, a partir de las boletas físicas de las mismas, ha sido elaborado "ad hoc" por la Agencia, a requerimiento de la CNMV, para los años 1996 a 1999.

- La Agencia ha manifestado de forma reiterada que en las operaciones realizadas para los intermediarios financieros anteriormente mencionados no les ha cobrado a los mismos comisión alguna por tratarse de operaciones contratadas a través del corresponsal Martin Brokers PLC, que era el que cobraba la comisión a dichos intermediarios, pero ha quedado acreditado que dicha afirmación es manifiestamente falsa, por cuanto:

a) Requerido Martin Brokers PLC acerca de una selección de las operaciones de dichos intermediarios financieros en la que -según la Agencia- ha actuado como corresponsal, (en concreto la selección se ha referido a las operaciones del mes de marzo de 1998), el citado broker ha negado su intervención en dichas operaciones.

b) Los intermediarios financieros manifiestan y acreditan el pago de las comisiones

correspondientes a todas las operaciones de los años 1996 a 1999, que según la Agencia han sido intervenidas por Martin Brokers, a dos sociedades vinculadas a la Agencia y nunca a Martin Brokers.

c) En la documentación contable de "E.D., S.A." y "E., S.A." facilitada por la Agencia y correspondiente a los años 1997 y 1998 se ha podido comprobar el registro de las citadas comisiones.

Ante la contundencia de tales hechos, en ningún momento desvirtuados ni por las alegaciones ni por las pruebas aportadas por la actora que, en definitiva, en ningún momento niega que se ocultaron comisiones cobradas por operaciones en las que medió, la conducta relatada resulta constitutiva de una infracción muy grave del artículo 99 e) LMV que tipifica como tal, en relación con la empresas de servicios de inversión, "el carecer las sociedades citadas ...de la contabilidad y registros legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad ...o no contabilizar las operaciones que realicen o en que medien".

Y es que, en definitiva, la falta de contabilización de una parte cuando menos de las comisiones cobradas por operaciones en las que la actora medió efectivamente, constituye, sin asomo de duda, un defecto de contabilización de las operaciones realizadas a los efectos del transcrito precepto de la Ley del Mercado de Valores, toda vez que resulta elemento esencial de la operación realizada la comisión cobrada al cliente, lo que, además, implica una irregularidad esencial en la contabilidad que impide conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la entidad o del grupo a que la misma pertenece que es a lo que se refiere el tipo de la infracción sancionada con arreglo al artículo 99 e) LMV "

Frente a estos razonamientos, la parte recurrente aduce que en esas operaciones no ha mediado la Agencia, lo que, a su juicio, quedó probado con la prueba aportada a los autos. Añade que entidades de crédito -Caixa Galicia, Banco Exterior de España, Banco de Santander, Banco Bilbao Vizcaya, Morgan Stanley, Natwest, Banque Bruxelles Lambert-, facturaban a "E.D., S.A." o a "E., S.A.", que nunca hubieran permitido, por estar prohibido por la Ley, que un servicio prestado por un tercero ("E., A.V., S.A."), fuera cobrado por aquellas entidades. Indica que estas mercantiles operaban en brokerage -mediación y divisas-, con las más importantes entidades de crédito de España y Europa, lo que les estaba permitido conforme a su objeto social, como así resultó de la prueba practicada en el Registro Mercantil. Se remite, a continuación a su escrito de conclusiones, en la parte en que pone en cuestión el muestreo por circularización, y termina indicando que para los ejercicios de 1994 a 1997 se habría producido la prescripción.

A través de estas alegaciones se trata de impugnar la valoración de la prueba llevada a cabo por el juzgador de instancia, lo que no es posible en casación, salvo en los casos de arbitrariedad o irracionalidad, supuestos que no concurren en el presente punto, pues las conclusiones de la sentencia responden a deducciones lógicas del criterio humano, obtenidas de hechos plenamente acreditados, cumpliendo las exigencias que para la prueba de presunciones se establecen en los artículo 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En efecto, demostrado, en primer lugar, que importantes intermediarios financieros pagaron

comisiones a "E.D., S.A." y "E., S.A.", que, en segundo término, las indicadas comisiones fueron intervenidas por "E., A.V.", según consta en las boletas elaboradas por esta misma, y rechazado, en tercer lugar, que fueran cobradas por tercera persona -Martin Brokers PLC-, según manifestación de ésta, la conclusión obtenida de que las cobró la Agencia es la más lógica.

Frente a ello, no pueden prosperar las alegaciones de la recurrente, pues, al margen de que las entidades referidas pudieran legalmente intervenir en la mediación, lo importante, a los efectos que aquí interesan, es que quien percibió los importes fue la Agencia, que, sin embargo, no los reflejó en sus apuntes contables, siendo esto lo determinante de la infracción, que, aunque pueda estar o no prescrita para los años 1994 a 1997, subsistiría siempre para los ejercicios posteriores, siendo precisamente la de 1998, al que se refieren los muestreos efectuados, que, al margen de su mayor o menor dimensión, ponen de manifiesto las irregularidades detectadas.

CUARTO.- Aunque la casación respecto de las restantes sanciones es inadmisibile, hubiera sido igualmente desestimada.

I. En relación con la infracción grave prevista en el artículo 100 o) de la LMV, sobre concesión ocasional de créditos o préstamos, actividad para la que no está autorizada, la sentencia recurrida expresó que:

"[...] la Sala ha de corroborar la interpretación de la CNMV respecto del sistema de cobro por la Agencia de sus comisiones pues, en efecto, el hecho de que la Agencia aplique al cliente, al final de cada mes un descuento en las comisiones mediante un abono que disminuye o anula el descubierto existente, no desvirtúa la existencia de financiación, ya que tal descuento, al aplicarse como rappel en función de que el cliente alcance un determinado volumen de operaciones no puede calcularse nada más que al final del mes que es cuando se sabe el total de operaciones y, consecuentemente, es entonces cuando se abona. En consecuencia, los descubiertos producidos entre tanto en la cuenta son descubiertos reales (y no meramente contables) que conllevan un efectivo préstamo o financiación por parte de la Agencia a su cliente.

Por lo demás, la infracción que se examina no solamente es sancionable a título de dolo, sino que basta la culpa o negligencia, como en el presente caso ocurre por el incumplimiento de la diligencia debida en materia de control interno que, en definitiva, llevó a financiar la operativa de un cliente (Procapital Corporación) en el ámbito del control de los saldos deudores".

La entidad recurrente en su escrito de interposición señala que no existe el descubierto contable, pues las comisiones no se liquidaban hasta el final de mes y con el descubierto contable no se financiaba nada, no se compraba nada, no se vendía nada y no se cobraba interés alguno, desconociéndose el precio a pagar por el servicio prestado al cliente hasta su liquidación al final del ejercicio.

El motivo debe rechazarse porque la consideración de una operación como préstamo o crédito no viene determinada por una configuración especial en la forma de llevarla a cabo, ni por el destino que a los fondos otorgue el prestatario, sino por su contenido patrimonial

consistente, bien en la forma positiva de entregar dinero (préstamo), bien en la negativa de demorar su cobro (crédito), y, no hay duda que en el presente supuesto los descubiertos mantenidos durante un tiempo determinado, aunque sea corto, entran en esta categoría de créditos, que hubieran permitido al cliente (Procapital Corporation), si lo hubiera deseado, maniobrar con su importe en su beneficio durante ese limitado período de tiempo. Tampoco determina la naturaleza de la operación crediticia el que no devengara interés, pues esto no es esencial al préstamo, como expresamente lo dispone el artículo 1755 del Código Civil.

II. Respecto de la infracción grave prevista en el apartado t) del artículo 100 de la LMV "por incumplimiento de las normas de conducta al no haber aplicado los procedimientos y controles adecuados para salvar el registro de operaciones", se expresó en la sentencia impugnada que:

"La demandante que comenzó alegando que dicho incumplimiento de normas de conducta no constituía una conducta típica, por no ser el manual de procedimiento una norma de disciplina y ordenación, añade en la demanda que la indisposición inmediata del registro de operaciones estaba justificada por un robo que, dice, haberse perpetrado en todo el edificio.

Pero tampoco tales alegatos pueden enervar la infracción que efectivamente se cometió -al no haberse atendido la hoy actora a las normas de actuación en los mercados de valores y registro obligatorios contenidas en el Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y en la Circular 3/1993, sobre Registro de Operaciones y Archivo de Justificantes de Órdenes, que entre las normas de conducta impuestas a las empresas de servicios de inversión recogen la de establecer los procedimientos y controles adecuados para garantizar la salvaguarda del registro de operaciones. En concreto, se pudo comprobar en el curso de la investigación que la actora no disponía de copias de seguridad de la información contenida en los sistemas informáticos, especialmente de aquellos programas que contenían información relevante para el funcionamiento de la Agencia, ni tampoco se disponía del archivo de las copias de seguridad pertinentes situado en una caja fuerte fuera de las oficinas de la Agencia, dado que las copias se encontraban en sus propias oficinas y no fuera de ella con arreglo a dicho Manual de Procedimientos que, por lo demás, la actora en ningún momento acredita que se hubiera visto afectado por el robo que dice perpetrado en el edificio donde la Agencia se ubicaba".

La parte recurrente aduce que el Manual de Procedimientos de la Agencia 2.001 no se estaba aplicando en el momento de la Supervisión, sino que estaba en curso de aplicarse, y que en período probatorio se ha acreditado que el Manual de 2.000, que se estaba aplicando, constaba en el Organismo, no pudiendo imputarse el incumplimiento de un Manual que no estaba en vigor. Añade que la causa inmediata y directa de la falta de registro de operaciones fue un robo en todo el edificio donde tenía su sede la Agencia, no sólo en la oficina de ésta, reconociéndose por la CNMV que tal registro fue reconstruido.

Pues bien, en relación con estas alegaciones conviene precisar que el Código General de Conducta del Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, sobre normas de actuación en los mercados de valores y registros obligatorios, establece en su artículo 3 que "Las Entidades deben organizar y controlar sus medios de forma responsable, adoptando las medidas

necesarias y empleando los recursos adecuados para realizar eficientemente su actividad", expresando en su apartado 1 que "Deberán establecer los procedimientos administrativos y contables necesarios para el adecuado control de las actividades que pretenda desarrollar y de sus riesgos, cerciorándose de que los sistemas de acceso y salvaguarda de sus medios informáticos son suficientes a tal fin". Por su parte, la Circular de la CNMV 3/1993, de 29 de diciembre, sobre registro de operaciones y archivo de justificantes de órdenes, establece en su Norma 6.3 que "las entidades deberán establecer los procedimientos y controles adecuados que garanticen la salvaguarda del registro de operaciones y del archivo de justificantes de órdenes mantenido, tanto por ellas como por los centros receptores de órdenes dependientes de la entidad".

Sobre esta base normativa, la tipificación que realiza el artículo 100 t) de la LMV implica que las normas de conducta establecidas por la propia entidad le obligan hasta tal punto que su incumplimiento constituye infracción. La sentencia considera probado el establecimiento en el manual de procedimientos de una serie de medidas de seguridad que no habían sido cumplidas por la entidad sancionada. Esta valoración de hechos no puede ser corregida en casación salvo que se aprecie que se ha producido de forma irracional o arbitraria, lo que no ocurre en el caso presente, pues el Manual de Procedimientos que se aportó a los autos es una versión correspondiente al año 2000, mucho antes de la fecha en que se dice cometido el robo -septiembre de 2001-, y en él se especifican las medidas a adoptar en relación con la seguridad de la sociedad, sin que conste que las mismas no estuvieren contenidas en Manuales anteriores, pues responde a las más mínimas garantías exigibles en orden a cubrir los riesgos más comunes de robo o sustracción, como así ocurrió, lo que pone de manifiesto que las medidas no fueron cumplidas, por lo que la reconstrucción realizada no goza de la suficiente verosimilitud, como para a partir de ella considerar reproducida íntegramente toda la operativa de la entidad, si como se expresa en el acto recurrido -y, esto no ha sido contradicho documentalmente-, han quedado excluidas u omitidas un elevado número de operaciones.

III. Sobre la infracción muy grave del artículo 99 l) de la LMV, por la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 70.1 h) de la LMV, en relación con la utilización de cuentas ómnibus sin el cumplimiento de los requisitos previos establecidos, se indicó en la sentencia que:

"[...] es de tener en cuenta que el artículo 70.1 LMV dispone que "Las empresas de servicios de inversión deberán cumplir las obligaciones previstas en esta Ley... y, en especial: ...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 indebidas de aquellos..."

Entre dichas medidas de control interno para proteger los valores de los clientes confían a las empresas de inversión nos encontramos con determinados requisitos o cautelas que han de cumplirse para la utilización de las denominadas "cuentas ómnibus", entre otros, los establecidos en la Circular de la CNMV 1/1998, sobre Sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos que, en su Norma 12 a.1. hace referencia a la obligación de adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de propiedad de los clientes y, en definitiva,

controlar que no se hace un uso indebido de los valores que les han sido confiados para su custodia y, en particular: se exige frente a la regla general de que los valores de los clientes que las entidades sujetas mantengan en depósito o depositen en otras entidades que realicen en cuentas individualizadas abiertas a nombre de cada cliente, que, no obstante, "podrá registrarse en cuentas globales de valores o instrumentos financieros ("cuentas ómnibus") cuando la entidad opere en mercados extranjeros en los que la práctica habitual exija la utilización de cuentas globales de valores o instrumentos financieros para clientes de una misma entidad", exigiéndose con carácter previo a la apertura de tales cuentas globales el cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales figura, el que la denominación de la cuenta de cliente refleje expresamente "el carácter de cuenta de terceros", siendo necesario obtener la autorización escrita de cada cliente, informándole de los riesgos que asume como consecuencia de esta operativa, entre otras cosas.

Pues bien en el presente caso de lo actuado resulta que las cuentas en que se encuentran depositados los valores extranjeros de los clientes, aparecen a nombre de la propia Agencia no reflejando expresamente el carácter de cuenta de terceros (certificados bancarios obrantes en el expediente administrativo). Y la importancia de tales omisiones es obvia, habida cuenta que la finalidad es impedir que los valores propiedad de los clientes puedan ser considerados por terceros acreedores de la Agencia como propiedad de ésta al aparecer a su nombre. Y pese a lo manifestado por la actora en relación a tener autorización para utilizar dicha operativa de cuenta global, la actora sigue sin acreditar en este proceso tal extremo fáctico, al menos, en relación con 24 de dichos clientes, no obstante las facilidades dadas al efecto por este Tribunal.

De ahí, en fin, la corrección de la calificación jurídica de los hechos considerados al ser, en efecto, subsumible, la conducta analizada en la infracción prevista en el artículo 99 l) LMV".

La parte recurrente aduce en forma abstracta, omisiones de la sentencia sobre las correcciones efectuadas por la Agencia respecto de los comentarios del Supervisor, o la confusión entre cuenta de valores y cuentas en efectivo, añadiendo que no fue confundido un solo valor ni cliente por la utilización de esa cuenta, habiéndose informado en todo momento a la CNMV de su operativa. Se concluye que las Agencias de Valores sólo pueden operar por cuenta ajena, por lo que los valores sólo pueden ser de esos terceros.

En realidad, se trata de alegaciones que pretenden disculpar el hecho infractor, pero no su existencia, cuya realidad es patente. No debe olvidarse que las obligaciones impuestas en el artículo 70.1, lo son a las empresas de servicios de inversión, entre las que se incluyen las Agencias de Valores (art. 64 LMV), refiriéndose el artículo tanto a los fondos como a los valores que los clientes les confían. Conviene precisar que, pese a su carácter formal, la obligación tiene un claro fundamento, cual es el impedir, como se indica en la resolución recurrida, "que los valores propiedad de los clientes, al estar todos ellos depositados en una única cuenta a nombre de la Agencia, puedan ser considerados por terceros acreedores de la Agencia como propiedad de la misma y no propiedad de cada uno de sus clientes (piénsese por ejemplo en el caso de la quiebra de la Agencia)". Este riesgo es el que se pretende evitar, de aquí que la infracción se consume por el mero incumplimiento, con independencia de que se haya producido o no perjuicios a terceros.

IV. En cuanto a la última de las infracciones muy graves imputadas al actor art. 99 l) de la LMV) por la recepción de financiación con incumplimiento de lo señalado en el artículo 70.3 de la LMV , la sentencia indicó que:

"[...] tampoco las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pueden desvirtuar el alcance de los hechos imputados y la valoración jurídica de los mismos llevada a cabo por la Administración.

En este caso la Agencia ha recibido financiación en el año 2001 de sociedades de su entorno económico, sin que tales entidades cumplieran los requisitos reglamentariamente establecidos para que la Agencia pueda recibir de ellas financiación. Al respecto la normativa dictada en desarrollo de la Ley del Mercado de Valores es taxativa. Así tanto el Real Decreto 276/1989, sobre Sociedades y Agencias de Valores, vigente hasta el 21 de agosto de 2001, en sus artículos 21 y 22, como asimismo el Real Decreto 867/2001 sobre régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión, vigente a partir de aquella fecha limitan la posibilidad de recibir fondos de personas distintas de las entidades financieras inscritas en la CNMV, Banco de España o Dirección General de Seguros, excepto por concepto de emisión de acciones, financiación subordinada o emisión de valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial.

Y el hecho de que las necesidades financieras en un determinado momento que hubiera podido tener la sociedad se cubran por entidades del mismo grupo empresarial, no puede servir para desvirtuar ni los hechos imputados, ni su valoración jurídica, pues la ayuda financiera se produjo, en todo caso al margen de las entidades financieras autorizadas y sin que se utilizaran los cauces alternativos previstos por la normativa anteriormente citada. La agencia recibió financiación de sociedades de su entorno económico como se desprende inequívocamente de la existencia de diversas cuentas pasivas (por ejemplo, con "E., S.A." y con "C., S.L.") lo que, frente a lo que en la demanda se alega, nada tiene que ver con una posterior ampliación de capital, operación esta que quedó al margen de la actuación sancionadora".

En relación con este punto, la parte recurrente aduce los mismos argumentos que fueron contestados por la sentencia, esto es, que se trataba de empresas de su entorno empresarial, que la actuación no fue por capricho sino para solventar los coeficientes de liquidez de la Agencia, a lo que después siguió un aumento de capital social.

Lo que antes se dijo respecto del carácter formal de la infracción cuya consumación se produce desde el instante mismo en que la obligación se incumple, es aplicable al supuesto ahora contemplado. Por tanto, reconocida la financiación en forma distinta a la prevista legalmente, se ha consumado el tipo y, por tanto, la sanción es procedente. El que posteriormente se haya cubierto la financiación por uno de los mecanismos que la Ley prevé para ello, no excluye la responsabilidad respecto de la inicial forma de financiación, y su incardinación en la categoría de infracción muy grave del artículo 99 de la LMV .

QUINTO.- En el último apartado del recurso aduce la recurrente violación del principio de proporcionalidad, señalando que las sanciones impuestas resultan particularmente elevadas, no habiéndose apreciado la falta de intencionalidad, reiteración o reincidencia, ni se ha tenido

en cuenta que no se ha producido perjuicio alguno a sus clientes o a terceros.

La Sala de instancia no se pronuncia sobre este extremo, lo que debió denunciarse a través del motivo de incongruencia previsto en el artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. Al no hacerse así este motivo es inadmisibile.

En cualquier caso, tanto la resolución la de la Comisión del Mercado de Valores como la del Ministerio de Economía han ponderado las circunstancias concurrentes, habiéndose optado en ambas por sanciones económicas y amonestación pública, renunciando a la imposición de las relativas a la privación o suspensión de derechos de la entidad, y las multas se imponen en cuantías radicadas en la parte inferior de la escala correspondiente a cada una de ellas, radicándose únicamente como las más grave, la del artículo 99 e) de la LMV por el riesgo que supone. No se aprecia, por tanto, desproporción de su importe, habida cuenta, que del examen de los hechos se pone de manifiesto que han concurrido circunstancias que tanto permitían agravar como atenuar la sanción, de acuerdo con el artículo 131 de la LPAC y 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, pues frente a la falta de reincidencia y de perjuicios, la intencionalidad de las conductas, en cuanto plus de responsabilidad, permitían disminuir el efecto reductor de aquellas atenuantes.

SEXTO.- De conformidad con el art. 139.2 de la Ley Jurisdiccional, procede la condena en costas del recurso a la parte recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 6917/2005, interpuesto por la Entidad "E., A.V., S.A.", contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 22 de junio de 2005, recaída en el recurso contencioso- administrativo nº 87/2004, con condena a la parte recurrente en las costas del mismo.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.