

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE OCTUBRE DE 2003

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

**Recurso nº:** 798/00

**Ponente:** Dña. Mercedes Pedraz Calvo

**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de marzo de 2000, confirmada en reposición por otra del mismo Ministerio de 19 de junio de 2000

**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a dieciséis de octubre de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 798/2000 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Dña M. S. C., en nombre y representación de Dña A. H. y "D. D., S.L." frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 19 de junio de 2.000, en materia relativa a Sanción de multa por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 50 millones de pesetas (multa impuesta a la primera recurrente) y de 380 millones de pesetas (multa impuesta a la segunda recurrente). Ha sido Ponente la Magistrado Dña Mercedes Pedraz Calvo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 28-VII-2000. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenado la reclamación del expediente administrativo.

**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, terminó suplicando se dicte sentencia anulando el actor administrativo impugnado *"por vulnerar la presunción de inocencia del recurrente, al no existir prueba alguna de cargo que demuestre la comisión de la grave infracción administrativa imputada de desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores, así como de gestión de sus carteras de valores, revocando el expresado acto por no ajustarse a derecho y por ende, acordando absolver a mis principales de la sanción impuesta en el expediente sancionador de referencia"*.

**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 acordó recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

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

**SEXTO.-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 15 de octubre de 2.003, 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 resolución el día 19-VI-00 por el Ministro de Economía, resolviendo desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por Dña A. H. en su propio nombre y en representación de "D. D., S.L.", hoy actores, contra la Orden del mismo Ministerio de 8-III-2000 por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores a dichos dos hoy actores, por la comisión de una infracción del Art. 99 letra q) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con las letras a) y b) del apartado 1 del Art. 63 de dicha Ley, consistentes en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores, así como de gestionar las carteras de sus clientes, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos.

**SEGUNDO.-** Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso, que se declaran probados por la resolución impugnada y por esta Sala, son los siguientes:

1) "D. D., S.L." tiene como actividad el asesoramiento sobre inversiones en opciones y futuros a terceros inversores, así como, las actividades encaminadas a facilitar dichas inversiones en mercados internacionales a través de entidades extranjeras.

En un principio operaban a través de "U. C., Limited", broker británico, enviando fondos de los clientes directamente a una cuenta abierta a nombre de esta entidad en un banco inglés, abonando los fondos en subcuentas a nombre de cada cliente. Igualmente, "A. S. A.G." en Suiza, "S. U. Brokers", igualmente en Suiza, con la colaboración de Credit Suisse y Schwweizerischer Bankverein para el depósito bancario y control de los fondos por los clientes. ED&F Internacional Inc. Broker de Chicago con delegación Suiza, Su.s. Securities & Futures Corp, con sede en Nueva York. En todos los casos, la entidad cobra al cliente español distintas cantidades, en forma de comisión de apertura de cuenta o de gastos de organización, más un porcentaje de participación o bien en los beneficios netos o bien del incremento del valor de su cuenta.

2) "D. D., S.L." capta los clientes en España, presentándoles un documento de autorización discrecional a terceros, e instrucciones de pago, el contrato entre el cliente y el Broker, la domiciliación bancaria para la remisión de los fondos a invertir, y el contrato entre el cliente captado y "D. D., S.L.". La transferencia del importe a invertir se realiza por el cliente a una cuenta abierta por el Broker escogido en la entidad bancaria con que cada uno de ellos trabaja.

La actividad de "captación de clientes" alcanza no solo a la localización y convencimiento de personas para la inversión de fondos en el extranjero en opciones y futuros, sino en la documentación del compromiso de inversión y la correspondiente entrega de fondos. "D. D., S.L." presenta a la firma: el contrato entre el cliente y el Broker, la autorización discrecional a terceros, y las instrucciones de pago de los fondos, la domiciliación bancaria para la transferencia de las sumas a invertir desde la cuenta del cliente a la del broker extranjero, y el contrato entre el cliente y "D. D., S.L."

3) El contrato del cliente con el Broker incluye la autorización discrecional a terceros (normalmente las entidades gestoras con las que colabora el Broker como agente y apoderado) para adoptar decisiones de inversión y desinversión, y la autorización al Broker de carga en la cuenta del cliente las remuneraciones pactadas por los servicios prestados por esos terceros.

La exigencia de firma de todos estos documentos aparece detallada en la información que "D. D., S.L." remite a los clientes.

4) El cliente debe enviar a "D. D., S.L." un documento (que esta le ha proporcionado previamente) en el que mediante su firma autoriza la realización de la inversión.

Las órdenes de inversión se canalizaban a través de "D. D., S.L.". En el impreso de orden de compra, junto a la expresión "*modelo de orden para remitir al broker y/o gestora*" no aparece indicación alguna sobre el teléfono, fax, o domicilio del broker o la gestora, resultando del conjunto de la documentación la necesidad de remitirlo al fax de "D. D., S.L.".

5) "D. D., S.L." cobra en concepto de comisión un 6% del capital invertido.

Entre el 11-XII-97 y mayo de 1.999 captó 318 clientes, con una inversión aproximada, de 1.100 millones de pesetas, y unos honorarios de 76 millones de pesetas.

6) Dña A. H. fue nombrada administradora única de la entidad "D. D., S.L." en acuerdo de la Junta de accionistas inscrito el día 19-III-93, inscribiéndose nuevo acuerdo de reelección el día 4-III-99. Se ha inscrito en el Registro Mercantil, que es la única accionista de "D. D., S.L.", registrada como Sociedad Unipersonal.

7) El Ministro de Economía y Hacienda dictó Orden el 27-VII-98 acordando imponer a "D. D., S.L." y a Dña A. H. una multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del Art. 99 en relación con la letra a) y la letra j) del artículo 71 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

8) Esta Sala y Sección dictó sentencia el día 18-I-01 estimando en parte el recurso interpuesto por "D. F., S.L.", "D. D., S.L.", Dña. A. H. y Don J. B. P. S., contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 27 de julio de 1.998. En el Fundamento Jurídico quinto se señalaba: "*Así mismo, respecto a los administradores únicos de tales sociedades consideramos que no está ajustada a Derecho la graduación sancionadora de Don J. B. P. S. por idéntica razón a lo expuesto en el anterior párrafo, correspondiéndose con arreglo al art. 105 de la LMV una multa de la mitad del importe que le fue aplicado en la resolución recurrida. A la segunda administradora entiende la Sala que debe reducirse su sanción a treinta y cinco millones de pesetas, considerando que relevó al anterior desde el 13 de junio de 1.996, en el cargo de administrador en la primera sociedad, y que administró la segunda sociedad desde su inicio, teniendo en cuenta sus antecedentes desfavorables en la CNMV que fueron ponderados en la Resolución recurrida; y reconocidos en la demanda. En su consecuencia, la actuación de esta recurrente reviste mayor gravedad que la del anterior administrador, debiendo graduarse la sanción a partir de las dos terceras partes de la cuantía impuesta en la resolución recurrida*". El fallo acordaba "ESTIMAR en parte el presente recurso

*contencioso-administrativo revocando las multas impuestas a la empresas "D. F., S.L.", "D. D., S.L.", Dña A. H. y Don J. B. P. S., y a sus administradores sustituyéndolas por las más ajustadas a Derecho descritas en el fundamento quinto de esta sentencia."*

Los hechos por los que había sancionado a los hoy actores quedan reflejados en la sentencia como sigue:

*"Aunque el objeto de ambas empresas sea "el asesoramiento en inversiones financieras de todo tipo dirigido tanto a personas físicas como jurídicas, tanto en los mercados nacionales como en los extranjeros, respecto de toda clase de productos financieros, depósitos, bonos, acciones, derivados sobre materias primas, divisas, así como cualquier clase de asesoramiento mercantil". Lo cierto es que según la documental del expediente, la primera sociedad recurrente inicia su actividad a principios de 1.995 captando clientes interesados en invertir en valores por medio del supuesto broker suizo "B. S., S.A.", y que recibían un contrato denominado de "asesoramiento" por tiempo indefinido donde se fijaba una retribución a favor de dicha recurrente del 6% del monto de la inversión, con un documento "B. S., S.A.", sin firmar y traducido al español, "acuerdo con el cliente", "condiciones generales de contratación", "contrato de administración de cuenta" y "declaración de riesgo", y con el modelo de transferencia bancaria que debía de realizarse a una cuenta abierta a nombre de la entidad suiza en Unión de Banques Suisses.*

*Tales inversiones no pudieron recuperarse ya que, según dicha recurrente tal broker fue investigado por un Juzgado de Instrucción de Ginebra por presunta malversación por parte de sus administradores del capital colocado por varios clientes, entre los que, al parecer, se encontraban los propios clientes de dicha recurrente, siendo uno de sus administradores detenido y encontrándose la entidad en estado de quiebra. Y desde el último trimestre de 1.995 dicha recurrente comenzó a captar cliente para "U. C. Limited".*

*Esta captación de clientela en España consiste en la realización de actuaciones comerciales, tendentes a conseguir que las personas captadas realicen operaciones relativas a la adquisición de mercaderías, metales, valores, moneda, futuros financieros, opciones, sena sobre valores, libras esterlinas u otra moneda, cualquier metal o género (commodity), contratos de futura entrega o sobre cualquier opción y contratos de diferenciados. A cambio de la comisión que cobra la recurrente a los clientes oscila entre 5% y el 8% de las cantidades entregadas por éstos para ser invertidas."*

La sentencia ha sido objeto de recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada.

**TERCERO.-** La cuestión central suscitada en este recurso, como resulta de la lectura del fundamento jurídico anterior apartado 8º, ya fue objeto de una sentencia en relación con uno de los actuales recurrentes por hechos declarados constitutivos de una infracción en condiciones similares a las enjuiciadas en las presentes actuaciones.

La actora señala que "D. D., S.L." nunca ha lleva a cabo la actividad de recepción y transmisión de órdenes de inversores, ni la gestión de carteras de sus clientes, y en

consecuencia no ha cometido infracción susceptible de sanción. Señala que su tarea es de información y asesoramiento del cliente, en concreto sobre los *“accesos, trámites, garantías, requisitos y en general colocación de capital en los mercados bursátiles”* y que el hecho de que se le remita copia de la documentación a posteriori es *“en interés del inversor para de esta forma poder ejercer mejor la labor de tutela, control y asesoramiento”* pero no capta ni gestiona fondos.

El artículo 99.q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción dada por la Ley 37/98 considera infracción muy grave el *“incumplimiento de la reserva de actividad en los artículos 64 /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. 64 establece cuales son las empresas de inversión y el punto 6 establece que *“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, las operaciones sobre divisas”*.

La Administración considera que las actoras han desarrollado habitualmente actividades de recepción y transmisión de ordenes de inversores sin autorización y sin hallarse inscritas en los correspondientes registros administrativos.

La reforma operada por la Ley 37/98, al regular en el título V las ahora denominadas *“empresas de servicios de inversión”* (sociedades de valores, agencias de valores y sociedades gestoras de carteras), tras definir dichos servicios en los términos del artículo 63 incluyendo entre ellos la recepción y transmisión de órdenes de inversión, mantiene en los artículos 64 y 65 la reserva de actividad a favor de aquéllas, o de otras entidades reglamentariamente previstas, y sanciona como infracción muy grave el incumplimiento de dicha reserva.

Los términos empleados en los nuevos preceptos obedecen al mismo designio que ya tuvo la Ley 24/1988 y ahora vienen a corroborar tanto la Directiva 93/22/CEE como las leyes nacionales de transposición de ésta: impedir que sujetos o entidades sin la debida calificación y garantías, y al margen de la supervisión de las autoridades nacionales correspondiente (en nuestro caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores) actúen como intermediarios entre los inversores (en nuestro caso, los residente en España) y los mercados de capitales.

La parte actora sostiene que su actividad es de asesoramiento, y en consecuencia no realiza las actividades previstas en el art. 63 de la Ley 37/98. La prueba obrante en el expediente administrativo revela a juicio de esta Sala que la actividad de la empresa *“D. D., S.L.”*, no se limitaba a *“informar”* de la existencia de brokers suizos con los que interesaba invertir. En el ejercicio de sus actividades: 1) localizaba a los clientes, clientes para si misma, no para el o los brokers extranjeros, 2) la condición de cliente no se

limitaba a informarles sobre la existencia de tales brokers y tales inversiones, sino que consistía en proporcionarles la documentación de los contratos a suscribir, en cuya virtud el dinero de los clientes captados en España acabaría ingresado en cuentas corrientes en el extranjero, desde donde terceros, relacionados con "D. D., S.L." pero no con los clientes, efectuarían inversiones en opciones y futuros, actividad inversora (en opción y futuros en el extranjero cuyo contrato se realiza en España) que nuestro Tribunal Supremo ha confirmado está sujeta a las exigencias de la Ley del Mercado de Valores (sentencia de 20-VI-2003); 3) lo único que "D. D., S.L." no hacía era comprar opciones y futuros con el dinero captados a los inversores españoles, pero esta circunstancia no transforma el resto de su actividad en meramente "informativa" o de "asesoramiento".

A todo esto se suma la circunstancia de que pese a publicitar a "S. U. Brokers" como un broker suizo de la máxima confianza por estar sujeto a los estrictos controles de las autoridades de control y garantía, resultado que dicho "broker" no era tal sino un nombre comercial de otra empresa, la cual gestionaba la cuentas captada por "D. D., S.L.".

**CUARTO.-** En segundo lugar alega que no se ha destruido su presunción de inocencia, porque la prueba ha sido valorada sin respeto de las exigencias constitucionales. Aporta como prueba de sus alegaciones un laudo arbitral emitido en Barcelona el 25-X-2000 que absuelve a "D. D., S.L." de una reclamación de cantidad por daños y perjuicios a consecuencia de inversiones.

En el expediente obra documentación suficiente como para tener por probados los hechos que como tal se declaran, con independencia de las declaraciones y denuncias de los clientes. La circunstancia de que un árbitro en el seno de una reclamación civil, no haya accedido a conceder la indemnización reclamada por un antiguo cliente por las inversiones perdidas, no solo no acredita que no se ha cometido una infracción que el árbitro ni puede ni debe enjuiciar, sino que, a juicio de esta Sala, acredita que el cliente considera que sus inversiones se contrataron con "D. D., S.L.", que esta las gestionaba, que las gestionó mal y que debe indemnizarle.

Esta Sala considera que el asesoramiento sobre inversiones no guarda relación alguna con la "aportación de la vía adecuada de intervención directa a su entidad, a su cuenta, en forma de modelo" que la propia actora reconoce era otro de los servicios que prestaba al cliente, y con base en los cuales "se ha(ya)n realizado infinidad de operaciones" (escrito de recursos de reposición). A ello no es óbice el que, como alega la recurrente "los clientes son libres de decidir", porque la libertad del cliente no consiste en invertir en "productos" con cualquier tipo de broker o entidad, sino por invertir con "D. D., S.L." en los productos que su broker o entidad decidan.

Finalmente, los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede estar protegido en ambos ordenamientos, el penal y administrativo, y sancionado en ambos. En los dos ordenamientos son de aplicación los principios de legalidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, ne bis in idem, proporcionalidad etc. Pero el Tribunal Constitucional desde la sentencia 77/83, ha señalado que el implante de los principios del derecho penal en el

derecho administrativo sancionador debe llevarse a cabo con cautela porque la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala, así sentencias de 1, 15, 18 y 29 de marzo, 17 de mayo y 21 de octubre, todas de 1999 y dictadas en recursos contra sanciones impuestas por la C.N.M.V., puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente.

La conclusión es que los administradores tiene la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley.

Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa por la que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de culpa; en este caso, existía el precedente de la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 27-VII-98 imponiendo a la empresa "D. D., S.L.", y a Dña A. H. sendas multas por infracción del Art. 99 letra q) en relación con el Art. 71 letras a) y j) de la Ley 24/88, del Mercado de Valores, por realizar actividades de intermediación en operaciones de futuros y opciones sobre mercancías, exactamente por el mismo sistema que se ha descrito más arriba, con idéntica remuneración, lo que excluye cualquier duda al respecto que pudieran albergar los hoy recurrentes.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

**QUINTO.-** No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 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 Dña A. H. y "D. D., S.L." contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda dictada el 16 de junio de 2.000 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de 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.

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