

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 30 DE MARZO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 68/04
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía de 19 de diciembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta de marzo de dos mil seis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 68/04 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. S.M. en nombre y representación de L.B.O., M.F.S., G.L.G., M.A.B. y R.H.O. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía el día 19 de diciembre de 2003, en materia relativa a Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 35.000 euros por dos infracciones, siendo la cuantía de la multa más alta de 20.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia anulando el acto administrativo impugnado.

Subsidiariamente solicita se imponga la sanción en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad.

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.

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

QUINTO- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 28 de marzo de 2006, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 19 de diciembre de 2003 por el Ministro de

Economía por la que se imponen sanciones a L.B.O., M.F.S., G.L.G., M.A.B. y R.H.O., acordando:

“Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la LMV por financiar a sus clientes, actividad para la que no se encuentra habilitada, multa por importe de 15.000 euros (QUINCE MIL EUROS).

“Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra l) del artículo 99 en relación con el punto 3 del artículo 70, ambos de la LMV, por realizar funciones de Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, multa por el importe de 20.000 euros (VEINTE MIL EUROS)”.

SEGUNDO- Se declaran expresamente probados y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la Orden impugnada, en lo que afecta a los recurrentes.

TERCERO- La actora alega en primer lugar que las conductas realizadas por A.R. no suponen una infracción muy grave tipificada en la letra q) del Art.99 LMV, porque no ha vulnerado la reserva de actividad de las Agencias de valores establecida en el art. 64.3 LMV dado que las operaciones realizadas por A.R. no pueden ser consideradas como créditos o préstamos, únicas actividades vedadas por dicho precepto a las agencias de valores.

El hecho de que no se suscribiera un contrato formal de préstamo o crédito no implica que la operación por lo cual la empresa adquiriera valores para sus clientes cuando estos no disponían de fondos no sea un préstamo o crédito. La propia actora en su escrito de demanda califica su actuación de “gestión ocasional de carteras sin provisión de fondos”. No se está aplicando ninguna analogía: si el cliente no tiene fondos y la Agencia se los proporciona para adquirir valores a su nombre, le está adelantando el importe correspondiente, lo que según las normas del Código Civil en materia de interpretación de los contratos es una operación de crédito.

El artículo 63.2 letra c) LMV define como “actividades complementarias” “La concesión de créditos o préstamos a inversores, para que puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo, siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo” y el artículo 64 en su apartado 3 señala que “Las Agencias de Valores son aquellas empresas de servicios de inversión que profesionalmente solo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella. Podrán realizar los servicios de inversión y las actividades complementarias previstas en el artículo 63, con excepción de los previstos en el número 1, apartados c) y f) y en el número 2 apartado c)”.

Por último, el número 4 del artículo 63 citado por el pfo. 2 letra c) recoge las actividades sobre “los valores negociables en sus diferentes modalidades, incluidas las participaciones en Fondos de Inversión y los instrumentos del mercado monetario que tengan tal condición”.

Se alega en segundo lugar que, aún admitiendo tal calificación, falta el carácter de habitualidad que convierte la infracción en muy grave.

El examen de las actuaciones tenidas a la vista para resolver el presente recurso revela que tal financiación de actividades inversoras tuvo lugar a lo largo de un periodo de tiempo prolongado, al menos todo el año 2001 y fundamentalmente en las operaciones intradia; igualmente se comprobó por la Dirección de Supervisión de la CNMV una financiación masiva de los clientes en las OPV, y dentro de estas concretamente en la OPV de Inditex en la que financió a la práctica totalidad de los clientes por importe total de 7 millones de euros, incluyendo a la Sociedad matriz.

Frente a estas consideraciones no puede prosperar la alegación relativa al "principio de cumplimiento de las órdenes de los clientes". Todos los principios consagrados en la normativa reguladora del Mercado de Valores deben interpretarse en conjunto y teniendo en cuenta cual es la finalidad de todo el sistema: velar por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores, marco en el cual no puede imponerse el cumplimiento de órdenes a las restantes limitaciones o prohibiciones impuestas por la Ley a las Agencias de Valores.

Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de impugnación.

CUARTO- La recurrente alega en segundo lugar que A.R. no ha desempeñado funciones de Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva.

Hay al menos un hecho que acredita sin lugar a dudas la realización de la conducta constitutiva de la infracción: en su grupo había una Sociedad encargada de la gestión de los fondos de inversión y otra de las pensiones (en este caso, SGILC S.A. y EGFP S.A.) pero las órdenes en las operaciones de los fondos de inversión y los fondos de pensiones las realizaba el gestor de cartera de la Agencia de Valores. Esta operativa incluía no solo la ejecución de órdenes sino la gestión de las mismas, con diferencias en los precios aceptados según la oscilación de estos, poniendo de manifiesto una capacidad de decisión e independencia de criterio respecto a las entidades que teóricamente se ocupaban de esta actuación.

Requerida por la Administración a fin de que, en cumplimiento de las normas sobre la carga de la prueba acreditara que las órdenes las daban las gestoras y se limitaba A.R. a cumplirlas, esta no aportó documento alguno justificativo de sus alegaciones al respecto.

Debe igualmente desestimarse este motivo de recurso.

QUINTO- En relación con la aplicación del principio ne bis in idem por haber sancionado la Administración los mismos hechos como infracción muy grave del artículo 99 letra l) y del artículo 100 letra t) de la ley del Mercado de Valores, señala que se ha producido una incorrecta tipificación del supuesto de hecho, porque el hecho que en su caso debería haber sido sancionado lo es la supuesta existencia de barreras de información, tipificado en el artículo 100 letra t) en relación con el artículo 83 LMV.

La Sala no aprecia la infracción denunciada porque, con independencia de que se haya o no sancionado la inexistencia de barreras de información, de las propias alegaciones de la actora queda claro que se trata de dos cuestiones distintas: en el folio 215 obra su

respuesta en relación con este tema que afecta, según expone a “la reestructuración de las distintas áreas de negocio dentro de la Agencia y en las sociedades del grupo, así como en los espacios asignados a las mismas, garantizará la existencia de barreras de información”.

En relación a la responsabilidad de los administradores, el hecho de que se imponga una sanción a la persona jurídica no excluye la responsabilidad de los administradores o directores, bien a título de dolo, bien a título de culpa, supuesto este último que se apreciará sobre una actuación de otro, a la que se ha llegado debido a la falta de diligencia de los que ostentan cargos de administración o dirección; de tal forma que si éstos hubieran observado la diligencia exigible a una persona debidamente capacitada y preparada técnicamente para el desarrollo de sus funciones, las conductas infractoras de la entidad en que desempeñan sus funciones, no se habrían producido.

Esta actitud negligente se produjo en los recurrentes obligados a conocer la actividad desarrollada por A.R. S.A. día a día, y obligados por otra parte a decidirla, de manera que tanto si tomaron las decisiones correspondientes como si dejaron que otros las tomaran, contribuyendo tanto por acción (en el primer caso) como por omisión (en el segundo) a la realización de las conductas constitutivas de la infracción.

Finalmente en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones impuestas, se aprecia que las multas se han impuesto en el tramo inferior dentro de las posibilidades que ofrece el artículo 102 letra a), guardando la correlación que el ordenamiento jurídico de aplicación establece para las infracciones cometidas, vistas las circunstancias de las mismas, y los antecedentes de la actuación de la entidad mercantil de la que los recurrentes son administradores.

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

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

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por L.B.O, M.F.S., G.L.G, M.A.B. y R.H.O. contra la Orden del Ministro de Economía dictada el 19 de diciembre de 2003 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

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

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