

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE FEBRERO DE 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 1469/2014
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de 17 de marzo de 2014
Fallo: Estimatorio para la A.E.

En la Villa de Madrid, a veintidós de febrero de dos mil dieciséis.

Visto por esta Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación número 1469/2014, interpuesto por la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de 17 de marzo de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 139/2013, sobre sanción de la Ley de Mercado de Valores, en el que ha intervenido como parte recurrida Search Profit Corporation, S.L., representada por el Procurador de los Tribunales don MSG.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 17 de marzo de 2014, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

«Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Search Profit Corporation S.L. y don RLM y en su nombre y representación el Procurador señor don MSP, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantía de las multas impuestas, y en consecuencia debemos anularla y anulamos en tal extremo, declarando que la multa que corresponde imponer a la entidad actora asciende a 3.000.000 euros (tres millones de euros) y al administrador único, también recurrente, asciende a 108.687 euros (ciento ocho mil seiscientos ochenta y siete euros), confirmándola en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas»

SEGUNDO.- Notificada la sentencia, el Abogado del Estado presentó escrito, ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Secretaria Judicial, por diligencia de ordenación de 11 de abril de 2014, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó, con fecha 19 de mayo de 2014, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia por la que estime este recurso, case y anule la sentencia recurrida y, en su lugar, dicte nueva sentencia por la que desestime íntegramente el recurso contencioso-administrativo interpuesto, y declare la íntegra conformidad a derecho de la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 28 de diciembre de 2012.

CUARTO.- Admitido a trámite el recurso, se dio traslado del mismo a fin de que

formalizara su oposición a la representación de Search Profit Corporation, S.L., que por escrito de fecha 23 de abril de 2014 se había personado en las actuaciones en concepto de parte recurrida, y a quien se tuvo por personada en dicha calidad de parte recurrida por diligencia de ordenación de 20 de mayo de 2014.

La indicada representación procesal evacuó el indicado trámite por escrito de 14 de noviembre de 2014, en el que solicitó a la Sala que dicte nueva sentencia por la que estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo y, de acuerdo con los criterios legales expresados en los fundamentos jurídicos de su escrito, se impongan las sanciones en un grado mínimo o simbólico.

QUINTO.- Concluidas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 16 de febrero de 2016, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **JOSÉ MARÍA DEL RIEGO VALLEDOR**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone por el Abogado del Estado recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 17 de marzo de 2014, que estimó en parte el recurso interpuesto por Search Profit Corporation, S.L. y por su administrador único, don RLM, contra la Orden de 28 de diciembre de 2012, del Ministro de Economía y Competitividad, por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, que declaró no ser ajustada a derecho en cuanto a la cuantía de las multas, confirmando la Orden impugnada en los restantes pronunciamientos.

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

La Orden del Ministerio de Economía y Competitividad, de 28 de diciembre de 2012, tuvo por acreditado que Search Profit Corporation, S.L. (en adelante SPC), ha venido desarrollando con carácter profesional y habitual, desde el año 2008 al año 2011, el servicio a que se refiere la letra g) del artículo 63.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), de asesoramiento en materia de inversión, sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse inscrita en el correspondiente registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), con incumplimiento del artículo 64.7 del mismo texto legal, y declaró que dicha actuación resultaba constitutiva de una infracción muy grave del artículo 99. q) de la LMV, con imposición de una sanción de 4.000.000 € a SLC y de 150.250 € a don RLM, como administrador único de la sociedad.

La empresa SPC y su administrador único don RLM interpusieron recurso contencioso administrativo contra la anterior Orden, y la Sala de este orden jurisdiccional de la Audiencia Nacional, en la sentencia de 17 de marzo de 2014, anteriormente citada, estimó en parte el recurso, exclusivamente en lo relativo a la cuantía de las multas, por

los razonamientos siguientes:

“Pues bien, la recurrente razona del siguiente modo: Aún cuando la reserva de actividad se establece en la Ley 47/2007, no es hasta la entrada en vigor de la circular 10/2008, cuando ha de iniciarse el cómputo de un año para la adaptación a que se refiere el Real Decreto 217/2008.

No podemos aceptar este planteamiento. La reserva de actividad comienza con la entrada en vigor de la Ley 47/2007 que la establece. El periodo de un año de adaptación previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto 217/2008, comienza el día en que entró en vigor el citado Real Decreto -ello es terminante en la disposición transitoria primera-, por lo tanto el periodo de adaptación concluyó el 17 de febrero de 2009, y como la circular 10/2008 lo hizo el 15 de enero de 2009, era posible presentar la solicitud de autorización dentro del periodo de un año de adaptación.

El planteamiento de la Administración es el radicalmente opuesto al de la recurrente. Dada que la reserva de actividad se produce con la Ley 47/2007, no habiéndose solicitado y obtenido la autorización, la infracción comienza desde la vigencia de la reserva, esto es, la entrada en vigor de la Ley.

Tampoco podemos aceptar este planteamiento a los efectos de determinar la comisión de la infracción. Con independencia de que la Ley desde su entrada en vigor contenía la reserva de actividad, lo cierto es que debemos admitir como razonable la interpretación por la cual, la autorización no era exigible, para las entidades que venía prestando los servicios de asesoramiento, hasta la conclusión del periodo de adaptación establecido en el Real Decreto 217/2008, esto es, el 17 de febrero de 2009.

Pues bien, la Administración fija el inicio de la infracción en enero de 2008, y su conclusión a 31 de diciembre de 2011 -en este momento, según se afirma en la demanda, cesa la entidad en su actividad.

Por lo anteriormente expuestos, debemos tomar como fecha inicial de la infracción el 18 de febrero de 2009, pues con anterioridad no era exigible, al menos, el elemento subjetivo -dolo o culpa -, de la infracción, y por ello el comportamiento no sería punible hasta el citado momento.”

Como consecuencia de los anteriores razonamientos, la Sala de instancia estimó que no debía computarse como período de las infracciones desde enero de 2008, fecha de la entrada en vigor de la reserva de actividad establecida por la Ley 47/2007, hasta diciembre de 2011, sino que las infracciones solo eran imputables desde el 18 de febrero de 2009, que es la fecha de finalización del período de adaptación, hasta diciembre de 2011, por lo que redujo las sanciones de multa impuestas a la sociedad y a su administrador único a dicho período, declarando que la multa que correspondía imponer a la sociedad ascendía a 3.000.000 € y a 108.687 € la multa del administrador único, confirmando la Orden impugnada en el resto de sus pronunciamientos.

La citada sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional

ha sido impugnada por el Abogado del Estado en el presente recurso de casación, en el que se ha personado como parte recurrida la sociedad SPC.

SEGUNDO.- El recurso de casación del Abogado del Estado consta de un único motivo, formulado al amparo del apartado d) del artículo 88.1 LJCA, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico, en el que denuncia que la sentencia recurrida infringe la disposición transitoria 1ª del RD 217/2008, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, en relación con la disposición adicional 6ª de la Ley 42/2007, de 19 de diciembre, de modificación de la LMV, así como los artículos 63.1.g) y 64.7 de la LMV, en la redacción dada por la citada Ley 42/2007, y por consecuencia de ello del artículo 102 de la LMV.

La representación de SPC, que había dejado transcurrir el plazo señalado para ello sin presentar escrito de preparación del recurso de casación, y que se personó como parte recurrida en el recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, presentó un escrito impropio de su posición procesal, en el que alegó que la sentencia impugnada había incurrido en diferentes infracciones del ordenamiento jurídico y solicitó a la Sala que desestime el recurso de casación interpuesto por el Abogado del Estado, anule la sentencia y dicte otra que estime íntegramente el recurso contencioso administrativo e imponga las sanciones en un grado mínimo o simbólico.

TERCERO.- Como hemos indicado, el único motivo del recurso de casación formulado por el Abogado del Estado, alega que la sentencia impugnada ha interpretado incorrectamente las disposiciones que cita de la Ley 42/2007, que modificó la LMV, sometiendo a reserva de actividad el asesoramiento en materia de inversión, así como la disposición transitoria 1ª del RD 217/2008, que estableció un plazo de adaptación para las empresas que venían desarrollando esta actividad con anterioridad a la reforma de la LMV, concediéndoles el plazo de un año para solicitar de la CNMV la correspondiente autorización, pues dicho plazo no puede ser interpretado como un aplazamiento de la entrada en vigor de la reserva legal para la actividad de asesoramiento en materia de inversión.

Antes de examinar las cuestiones que plantea el recurso del Abogado del Estado, hemos de precisar que su recurso de casación es inadmisibile por razón de la cuantía, de acuerdo con el artículo 86.2.b) LJCA, en lo que se refiere a la sanción de multa impuesta al administrador único, don RLM, cuyo importe originario de 150,250 € no alcanza el límite mínimo de 600.000 € exigido por el citado precepto para acceder al recurso de casación, y que, obviamente, sigue sin alcanzar ese límite después que la Sala de instancia haya reducido el importe de la multa 108.687 €.

Por tanto, el recurso de casación del Abogado del Estado es admisible únicamente respecto de la multa originaria de 4.000.000 €, reducida por la Sala de instancia a 3.000.000 €, impuesta a la sociedad Search Profit Corporation, S.L. (SPC).

La Ley 47/2007, de 19 de diciembre, efectuó importantes modificaciones en la LMV, a fin de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/39/CE, de 21 de abril,

del Parlamento Europeo y del Consejo que, en lo que interesa a este recurso, en su considerando 3 se refirió a la actividad de asesoramiento en materia de inversión, señalando que: *"debido a que los inversores dependen cada vez más de las recomendaciones personalizadas, es conveniente incluir el asesoramiento en materia de inversión entre los servicios de inversión sujetos a autorización"*.

Por tal razón, la reforma de la LMV operada por la Ley 47/2007, reguló un nuevo tipo de empresa de servicio de inversión, autorizada para realizar exclusivamente el servicio de asesoramiento en materia de inversión, las denominadas *«empresas de asesoramiento financiero»*, a las que reservó dicha actividad.

Tras la reforma de la Ley 47/2007, el artículo 63.1, letra g) LMV introdujo en el listado de servicios de inversión *"el asesoramiento en materia de inversión"*, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros, y el artículo 64, apartados 1d) y 5, de la LMV incluyó entre las empresas de servicios de inversión las empresas de asesoramiento financiero, que son aquellas personas físicas o jurídicas que exclusivamente pueden prestar los servicios de inversión previstos en el artículo 63.1.g) y 63.2.c) y e) del mismo texto legal.

El apartado 7 del mismo artículo 64 LMV, igualmente modificado por la Ley 47/2007, dio nueva redacción a la cláusula de reserva de actividad, disponiendo que *"ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar con carácter profesional las actividades previstas en el apartado 1 y en las letras a), b), d), f) y g) del apartado 2 del artículo 63 del mismo"*, y entre dichas actividades se encuentra, como acabamos de indicar, la actividad de asesoramiento en materia de inversión.

De acuerdo con su Disposición Final 6ª, la Ley 47/2007 entró en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE, y esa publicación se efectuó en el BOE nº 304, de 20 de diciembre de 2007, por lo que el nuevo régimen jurídico aplicable a las empresas de asesoramiento financiero, entró en vigor el 21 de diciembre de 2007.

En relación con las personas físicas y jurídicas que, con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007, venían prestando esa actividad de asesoramiento en materia de inversión, la disposición transitoria 1ª del RD Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión y de las demás entidades que prestan servicios de inversión, les concedió un plazo de un año, desde la entrada en vigor del real decreto, para proceder a la necesaria inscripción en el registro de la CNMV.

Dice en concreto la DT 1ª del RD 217/2008:

"Las empresas que, a la fecha de entrada en vigor de este real decreto, vinieran desarrollando la actividad de asesoramiento en materia de inversión deberán solicitar la correspondiente autorización e inscripción en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente real decreto."

La sentencia impugnada admite acertadamente que la reserva de actividad se inició con la entrada en vigor de la Ley 47/2007 que la establece.

Aceptado lo anterior, es claro que la DT 1ª del RD 217/2008 no difiere ni aplaza la entrada en vigor de la reserva legal, sino que establece, como resulta de la rúbrica o título de la propia DT 1ª, un “*plazo de adaptación*” de un año para aquellas empresas que vinieran desarrollando la actividad de asesoramiento en materia de inversión, a fin de que en dicho plazo soliciten la correspondiente autorización e inscripción en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por tanto, aceptando como hace la sentencia impugnada que la reserva legal para la actividad de asesoramiento financiero entró en vigor, de acuerdo con la Ley 47/2007, el 21 de diciembre de 2007, las consecuencias de la utilización de este plazo de adaptación también resultan claras, de forma que si las empresas que venían prestando servicios de asesoramiento de inversión antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007 y de la reserva de actividad que incorpora, efectúan la solicitud de la autorización e inscripción en el registro de la CNMV en el plazo de un año desde la entrada en vigor del RD 217/2008, la actividad de asesoramiento en materia de inversión, desarrollada desde la entrada en vigor de la reserva legal hasta la autorización de la CNMV no podría ser objeto de sanción, precisamente por estar amparada en esa norma reglamentaria de adaptación, pero por las mismas razones, aquellas empresas que desarrollaban esa actividad de asesoramiento en materia de inversión antes de la entrada en vigor de la Ley 47/2007, y continuaron en la referida actividad después de la reserva establecida por dicho texto legal, sin solicitar la autorización e inscripción en el registro de la CNMV en el plazo de un año, no pueden ver su actividad infractora de la reserva legal amparada en una norma transitoria de adaptación que no utilizaron.

Este es el caso de la empresa recurrente, que venía prestando servicios de asesoramiento en materia de inversión con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 47/2007, y que continuó en el ejercicio de dicha actividad después de la entrada en vigor del citado texto legal, sin solicitar la autorización e inscripción en el registro de la CNMV, y en definitiva, sin acogerse al régimen transitorio de adaptación previsto por el RD 217/2008, por lo que dicho régimen no le resulta de aplicación, ni sirve para amparar su conducta infractora de la reserva legal de actividad desde la entrada en vigor de la citada Ley 47/2007.

Por las razones anteriores, hemos de acoger el motivo único del recurso de casación del Abogado del Estado.

CUARTO.- Estimado el motivo único del recurso de casación del Abogado del Estado, hemos de proceder de conformidad con el artículo 95.2.d) LJCA, a resolver lo que corresponda dentro de los términos en que apareciera planteado el debate.

Por las razones expresadas en el Fundamento de Derecho anterior, no cabe la reducción de la sanción de la multa de 4.000.000 € impuesta por el Ministerio de Economía y Competitividad a SPC, pues la reserva de actividad de las empresas de asesoramiento de

servicios entró en vigor el 1 de enero de 2008, sin que la empresa recurrente, que no solicitó ni la autorización de su actividad, ni la inscripción en los registros de la CNMV durante el período de adaptación de un año, establecido por la Disposición Transitoria 1ª del RD 217/2008, pueda beneficiarse de un régimen transitorio al que no se acogió.

QUINTO.- La sociedad SPC y su administrador único, don RLM, que resultaron sancionados por la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012, y que interpusieron contra la misma recurso contencioso administrativo, no presentaron escrito de preparación de recurso de casación frente a la sentencia de 17 de marzo de 2014 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, estimatoria parcial de su recurso, y la sociedad SPC se personó como parte recurrida en el recurso formulado por el Abogado del Estado, por lo que carecen de fundamento las alegaciones efectuadas desde su posición procesal de parte recurrida, en las que solicitó a esta Sala que estime íntegramente el recurso contencioso-administrativo y, de acuerdo con los criterios legales expresados en los fundamentos jurídicos de su escrito, se impongan las sanciones en un grado mínimo o simbólico.

SEXTO.- De acuerdo con el artículo 139 LJCA, al estimarse el recurso de casación del Abogado del Estado no procede la imposición de las costas del mismo, sin que tampoco la Sala estime procedente la imposición de las costas de instancia, habida cuenta de las dudas de derecho que presentaba el caso.

FALLAMOS

Por todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la autoridad conferida por la Constitución, esta sala ha decidido:

Estimar el recurso de casación número 1469/2014, interpuesto por la Administración General del Estado, contra la sentencia de 17 de marzo de 2014, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo.

Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por Search Profit Corporation, S.L. contra la Orden de 28 de diciembre de 2012, del Ministro de Economía y Competitividad, manteniendo la estimación parcial, acordada por la Sala de instancia, del recurso contencioso administrativo interpuesto por el administrador único, don RLM, contra la citada Orden de 28 de diciembre de 2012 del Ministerio de Economía y Competitividad.

Sin imposición de costas en este recurso de casación ni en la instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la colección legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.