

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 31 DE ENERO DE 2001

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 395/98
Ponente: Dª. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de noviembre de 1997
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta y uno de enero de dos mil uno.

Visto los autos del recurso contencioso-administrativo num. 395/98 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Sr. P.A. en nombre y representación de A.O.F. S.L. y Don D.T.R. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 26 de Noviembre de 1997, en materia relativa a Sanción de multa por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 354.310.000 ptas. y 50 millones de pesetas respectivamente. 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 mediante escrito de fecha 2-11-98. 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.

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 y testifical, a instancias de la parte 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 24 de Enero de 2001, 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 26-XI-97 por el Ministro de Economía y Hacienda por la que se resuelve

el expediente sancionador seguido a A.O.F. y a su administrador único Don D.T.R., acordando:

"Imponer a A.O.F., S.L. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 en relación con la letra a) del artículo 71 ambos de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores una multa por importe de 354.310.000 pesetas (TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTAS DIEZ MIL PESETAS).

-Imponer a Don D.T.R. como Administrador Único de A.O.F., S.L. responsable de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 en relación con la letra a) del artículo 71 ambos de la Ley 24/88 de 28 de Julio del Mercado de Valores, una multa por importe de 50.000.000 de pesetas (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS)"

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:

1º.- AOF es una Sociedad cuya única actividad consiste en la captación de inversores que realicen operaciones a través de V. sociedad alemana cuyo objeto social es la actividad de intermediación en inversiones de capitales internacionales. Mediante su actividad logra que los clientes transmitan a V. órdenes de adquisición de valores, opciones sobre materias primas, etc. admitidas a negociación en mercados extranjeros, que la sociedad alemana canalizaría para que fuesen ejecutadas por brokers miembros de los mercados en cuestión.

2º AOF cuenta como únicos ingresos con los abonos que V. efectúa a su favor como consecuencia de la actividad descrita más arriba.

3º AOF ofrece a los clientes que capta una única posibilidad de inversión en mercados internacionales de derivados, inversión que en todo caso ha de realizarse a través de V.

4º Los clientes captados por AOF realizan sus órdenes mediante la firma de unos impresos que hacen la función de orden escrita y se denominan "*confirmación de pedido*", que prepara y remite V., son firmados en España, y remitidos a la empresa alemana. El importe comprometido es ingresado por el cliente en la cuenta que dicha entidad V. tenía abierta en un banco español como cuenta de no residentes. Tras ejecutarse la orden, a través de determinados brokers extranjeros, se remite al cliente un impreso denominado "*confirmación de colocación*" donde se indica el desglose del destino dado a sus fondos, que tiene dos sumandos, uno denominado "*prima colocada*" y otro, equivalente al 25% del importe del anterior, denominado "*alza*" que es precisamente la comisión percibida por V.

5º AOF factura a V. mensualmente una cantidad fija en concepto de honorarios, por importe de 4.600.000 ptas. en 1996 y 5.500.000 ptas. en 1997, y recibió de la misma entidad V. como consecuencia de servicios prestados por "*difusión y marketing*", una suma cuyo importe total ascendió a 55.212.000 ptas. en 1996 y 15.650.000 ptas. en .997 (hasta Febrero).

6º V. captó entre el 12-I-96 y el 22-II-97 708.000.000 ptas. (importe de los ingresos efectuados por los clientes en la cuenta abierta en el Banco Zaragozano).

7º Las mismas dos personas físicas que constituyeron ASF eran accionistas mayoritarios de H.M.E., S.L., y gerentes de V..

8º D.T.R., administrador único de AOF formaba parte del personal de H.M.E., S.L. que fue sancionada por O.M. de 17-XI-95 por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

TERCERO.- La recurrente sostiene que no ha incurrido en la infracción prevista en el art. 71 de la Ley del Mercado de Valores, que permite a las Sociedades de Valores "*a) Recibir órdenes de inversores nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción o negociación de cualesquiera valores, nacionales o extranjeros y ejecutarlas si están autorizadas para ello, o transmitir las para su ejecución a otras entidades habilitadas a tal fin*", porque su actuación se ha realizado al amparo del art. 77 de dicha Ley del Mercado de Valores, realizando una actividad de asesoramiento y difusión de información sobre mercados de valores.

Al tiempo, recuerda que la CNMV ha apreciado que concurre, en tal negada actividad, la nota de habitualidad exigida por el art. 99 letra q) de la Ley del Mercado de Valores, interpretado por el art. 10 del R.D. 276/89 en el sentido de que concurre cuando "*las actividades a que dicho párrafo se refiere vayan acompañadas de actuaciones comerciales, publicitarias o de otro tipo, tendentes a crear relaciones de clientela o se basen en la utilización de relaciones de clientela o interés de otro origen*".

Considera, por último, que las actividades de asesoramiento y difusión de información están "*liberalizadas*" según el tenor literal del art. 77 de la L.M.V. no habiendo en consecuencia cometido la infracción del art. 99 letra q) por la que es sancionada.

La actora reconoce los cobros de cantidades fijas en concepto de "*igualda*" y de otras variables como consecuencia de servicios de difusión y marketing, y señala que tiene otros clientes a los que presta iguales servicios. Niega cualquier relación de AOF con H y recuerda que Don D. T. era empleado de esta empresa, de la que fue despedido el 2 de Junio de 1995, -dictándose la O.M. de imposición de la sanción por infracción de la L.M.V. el 17 de Noviembre siguiente, creándose AOF el 22 de Septiembre de 1995, es decir, igualmente antes de imponerse la sanción a H.

Por último señala que las sanciones impuestas tanto a la mercantil como al administrador son excesivas y desproporcionadas.

CUARTO.- La actora señala que no captaba clientes para V., sino que únicamente realizaba telemarketing, y actividades de asesoramiento y difusión. En el expediente administrativo se ha acreditado que los clientes informados y asesorados por la actora a continuación suscribían el peculiar contrato proporcionado por la empresa alemana, ingresaban cantidades de dinero en su cuenta, que posteriormente suponían un ingreso adicional para

AOF (quién recibía de V. una cantidad como "*honorarios*" extra e independiente de la descrita como "*igual*" mensual).

Evidentemente no se ha practicado prueba que directamente muestre al administrador o empleados de AOF indicando a los clientes que debían invertir a través de V.: pero la jurisprudencia constitucional ha consagrado como conforme al art. 24 de la Constitución la prueba indiciaria, y este Tribunal, valorando el conjunto de la practicada en el expediente y en el rollo de Sala llega a la conclusión de que ese conjunto de circunstancias de hecho probadas acreditan sin lugar a dudas que la información y asesoramiento que llevaba a cabo AOF tenían la finalidad de captar clientes para una empresa dedicada a realizar actividades de inversión en mercados de valores, sin estar legalmente habilitada al efecto. No constituye obstáculo para considerar cometida la infracción el hecho de que V sea alemana, tenga su sede fuera del territorio español, y realizase la inversión en mercados de valores extranjeros, porque el contrato se formaliza y concluye en España, mediante el acuerdo de voluntades, la firma del documento correspondiente y la entrega de los fondos destinados por el cliente a la inversión, cobrándose una comisión del 25%.

No se ha acreditado la existencia de relaciones contractuales o comerciales de ningún tipo entre AOF y los terceros que posteriormente invertían a través de V; esta empresa era el único y verdadero cliente de la actora en estas transacciones, y prueba evidente de ello es que era quién pagaba sus honorarios, tanto en forma fija, como proporcional a la clientela captada. Como señala el Abogado del Estado, si el destinatario de su actividad y servicios hubiese sido el futuro y entonces hipotético inversor, este hubiese abonado las facturas, lo que no ha ocurrido, porque su servicio no se prestaba al particular sino a la empresa alemana.

Como ya ha señalado esta Sala en anteriores sentencias, la Exposición de Motivos de la Ley 24/88 al señalar las competencias de la CNMV establece que son múltiples, e incluyen entre otras "*la de velar por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores...*" siendo evidentemente prioritaria la defensa del inversor, óptica desde la que deben interpretarse los preceptos de esta Ley. Y en el ámbito de aplicación de esta se encuentra toda operación realizada en España que suponga contratar valores en cualquier forma, entre ellas la captación de clientes para la realización de inversiones, operación que en el supuesto enjuiciado debe considerarse goza de la nota de "*habitualidad*" al haber tenido reiteración y continuidad en el tiempo, reconociéndose por la recurrente su dedicación a la actividad que describe como de "*información y asesoramiento*".

QUINTO.- 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 el 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.

En el supuesto enjuiciado, las pruebas se han obtenido lícitamente, y en lo atinente a la conducta constitutiva de la infracción no se aprecia la indefensión denunciada por la actora: la misma reconoce la realización de determinadas actividades si bien niega que las mismas sean constitutivas de la conducta infractora, y como se ha razonado en el fundamento jurídico anterior, esta Sala valorando el conjunto de los propios hechos reconocidos por la recurrente llega a la misma conclusión que la Administración.

Por último, respecto de la proporcionalidad de las multas impuestas, se ha razonado por la Administración la existencia de una circunstancia agravante que justifica la imposición de las sanciones en su grado máximo. El hecho de que aún no hubiese sido impuesta la sanción no puede constituir un obstáculo porque el expediente se había iniciado con anterioridad, y la coincidencia del despido del entonces trabajador y posterior administrador único en el tiempo con la circunstancia de que se tramita el expediente sancionador pone de manifiesto que el Sr. T. no podía ignorar las consecuencias de llevar a cabo una actividad que la CNMV consideraba infractora.

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

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 A.O.F. S.L. y Don D.T.R., contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda dictada el 26 de Noviembre de 1997 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.

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