

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 12 DE FEBRERO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1/00
Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1999
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a doce de febrero de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/1/00, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora Dña M. L. J., en nombre y representación de Don S. B. A., siendo coadyuvante Don J. E. C. B., frente a la Administración General del Estado representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1.999, imponiendo una sanción, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 4 de enero de 2000, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 12 de enero de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 15 de marzo de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos. En iguales términos se pronunció el coadyuvante.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 11 de diciembre de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 26 de enero de 2001, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 11 de febrero de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1.999 en la que se acuerda:

“– Imponer a “S. E., S.A.” 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 410.000.000 de pesetas (CUATROCIENTOS DIEZ MILLONES DE PESETAS).

- Imponer a Don R. S. B., como Consejero de “S. E., S.A.” y por la comisión de una infracción muy grave de 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 50.000.000 de pesetas (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS).

- Imponer a Don J. E. C. B., como Consejero de “S. E., S.A.” y por la comisión de una infracción muy grave de 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 50.000.000 de pesetas (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS).

- Imponer a Don S. B. A., como Consejero de “S. E., S.A.” y por la comisión de una infracción muy grave de la letra q) del artículo 99, en relación 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 50.000.000 de pesetas (CINCUENTA MILLONES DE PESETAS)”.

SEGUNDO.- Son hechos a tener en cuenta que el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en su reunión del día 27 de julio de 1998, adoptó el siguiente acuerdo:

“Incoar expediente sancionador a “S. E., S.A.” y a los miembros de su Consejo de Administración, por la presunta comisión de una infracción muy grave de la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el ejercicio o la realización de actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de la citada Ley sin contar con la habilitación para ello”.

El citado acuerdo fue adoptado en virtud de Auto de 16 de julio de 1998, dictado por el Juzgado Central de Instrucción número seis de la Audiencia Nacional, en el que se señalaba: *“por haberlo así acordado en resolución dictada en PREVIAS 53/98 seguidas en este Juzgado, por delitos de ESTAFA, APROPIACIÓN INDEBIDA, contra “A., A. V., S.A.”, libro a V.I. el presente a fin de remitirle-Testimonio del Apartado 3 Anexo 3.1 del segundo informe emitido por los peritos judiciales, por considerarse indiciariamente que los hechos relatados en el mismo, pudieran ser constitutivos de una infracción administrativa, y ello por si fuera procedente la incoación del oportuno expediente sancionador”.* Este auto recayó en las citadas Diligencias Previas a partir de la querrela formulada por “A., A.V., S.A.”, con fecha 23 de febrero de 1998, contra Don R. S. B., Don S. B. A., los Administradores del “S., LTD”, “T., S.A.”, y “A. & C.” y del escrito remitido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con fecha 26 de febrero de 1998, al Excmo. Sr. Fiscal General de Estado, informando de las irregularidades detectadas en la actuación de “A., A.V., S.A.” y su relación con “S., LTD”.

Del Pliego de cargos, se aceptan por la CNMV en la Resolución impugnada, como hechos probados los siguientes:

"S., LTD" es un banco registrado en Nassau (Bahamas), que es propietario del 98% del capital de "S. E., S.A.".

Los miembros del Consejo de Administración de "S. E., S.A.", cuyo domicilio se encuentra en Madrid, son, asimismo, miembros del Consejo de Administración de "S., LTD".

Existen incorporados al expediente documentos en los que, en diferentes fechas, figura como domicilio de "S., LTD", el domicilio social de "S. E., S.A.".

Dos personas en nómina de "S. E., S.A.", y por lo tanto empleados de esta entidad, mantuvieron contactos con entidades financieras españolas por cuenta y para "S., LTD" tendentes a la realización de operaciones sobre ciertos productos financieros, por parte de dichas entidades o sus clientes.

En un folleto publicitario del "grupo S.", prologado por Don R. S. B., se dice, en relación con "S. E., S.A.", que ésta desarrolla un importante papel en la comercialización y colocación de títulos de deuda de los LDC.

Con fecha 16 de enero de 1998, Dña. S. N. remite un escrito a Don S. B. A. en el que hace referencia a los clientes actuales y los potenciales de "S. E., S.A.", mencionando, en relación con España, que quince clientes ya habían cerrado operaciones y que respecto a otros doce potenciales, era cuestión de tiempo que terminan cerrando alguna.

Las personas que se dirigían a las entidades financieras españolas formaban parte de la plantilla de "S. E., S.A.", los contactos, por lo tanto, se mantenían con "S. E., S.A.", ésta era la que remitía la información, la que presentaba los productos financieros, la que decía ser proveedor de activos financieros de renta fija y variables, preferentemente en mercados internacionales, y la que, en caso de llegarse a hacer alguna operación, confirmaba la misma.

Esta labor de captación de clientela para "S., LTD" por parte de "S. E., S.A." con la finalidad de realizar operaciones en mercados internacionales, se realizó, al menos, desde 1995, siendo de esta fecha la primera de las operaciones detectadas.

Por esta labor de captación de clientes realizada por "S. E., S.A." para "S., LTD" aquella recibió de ésta, en los años 1996 y 1997, pagos por importe de 58 y 24 millones de pesetas, respectivamente.

Finalmente, existe un informe realizado por Don F. P. y remitido a la atención de Don S. B. A., en septiembre de 1997, en el que se pone de manifiesto la situación irregular de "S. E., S.A." con respecto a la legislación del mercado de valores vigente".

Consideraba la CNMV que, "S. E., S.A." y "S., LTD" se presentaban ante las entidades financieras españolas como una única entidad, como una unidad de decisión y con una gestión única, siendo, en definitiva "S. E., S.A." la red comercial o la prolongación en España de "S., LTD", en cuanto a su actividad en el mercado de valores, resultando imposible discernir donde termina una y donde empieza la otra. Por ello quedaría acreditado que "S. E., S.A." vino realizando una actividad tendente al establecimiento de relaciones de clientela con la finalidad de comercializar o colocar deuda y otros valores,

fundamentales de países emergentes, en las que él intermediario o contrapartida de la operación realizada era "S., LTD".

Ambas entidades realizarían la misma actividad de intermediación de valores, sometidas a una misma gestión, y con intereses empresariales únicos e idénticos consistentes en obtener clientes que les trasmitan órdenes de compraventa sobre los productos financieros que comercializan. "S. E., S.A." no sería más, en el ámbito de sus actuaciones en el mercado de valores, que la prolongación de "S., LTD", un establecimiento bajo la forma jurídica de sociedad anónima a través de la cual se desarrollan en España las actividades de "S., LTD", y que no constituye más que una estructura comercial organizada tendente a captar clientes españoles.

La Resolución impugnada se fija en que el Art. 76 de la Ley del Mercado de Valores establece el principio de que la negociación bursátil y las actividades fijadas en el Art. 71, solo pueden realizarse por Sociedades y Agencias de Valores con las únicas excepciones previstas en aquel artículo que admite que determinadas entidades específicas del sistema financiero pueden desarrollar algunas de ellas.

Entre las actividades enumeradas en el artículo de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, como actividades restringidas a éstas entidades y que explícitamente declaren ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores su voluntad de realizarlas, figura, entre otras, la recogida en el apartado 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 este fin"*. Por ello consideraba que la actividad de "S. E., S.A.", es encajable en la letra a) del artículo 71 de la Ley del Mercado de Valores, actividades que, el artículo 76 de la Ley reserva exclusivamente a Sociedades y Agencia de Valores y otras entidades del sector financiero, ninguno de cuyos status ha ostentado u ostenta la citada entidad, ni "S., LTD".

Añade además que ello se realiza con habitualidad circunstancias que exige la letra q) del artículo 99 del mismo texto legal, lo que ha de determinarse a la luz de lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 276/89, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencia de Valores, que establece que: *"a los efectos de la prohibición establecida en el párrafo primero del artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores, se entenderá que concurre la nota de habitualidad cuando las actividades a que dicho párrafo se refieren 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"*. Se entiende en la Resolución impugnada que "S. E., S.A.", en el desarrollo de las actividades señaladas, ha utilizado una estructura organizativa, dirigida a realizar un esfuerzo comercial encaminado a la búsqueda y captación de clientes en España con la finalidad de que éstos realizasen inversiones, fundamentalmente compra de deuda pública de países emergentes, en mercados internacionales, a través de su matriz "S., LTD", la cual, en unos casos intermediaba en la ejecución de la operación y en otros daba directamente la contrapartida a la misma. Considera también que parte de los ingresos obtenidos por la entidad, en concreto en el ejercicio 1997 un 6% de los mismos, corresponden a pagos efectuados por "S., LTD" con la finalidad de paliar parte de los gastos que ocasionaba el desarrollo por parte de "S. E., S.A" de la actividad mencionada.

Al hoy actor Don S. B. A. se le impone la multa de 50 millones de pesetas como Consejero de "S. E., S.A."

TERCERO.- El recurrente Don S. B. A., hace unas primeras consideraciones con carácter general, en relación a "S. E., S.A."

Considera que no puede ser sancionada "S. E., S.A.", por actividades realizadas por "S., LTD", pues aunque sea filial de esta, tiene una personalidad propia e independiente.

Entiende igualmente que no es suficiente el que la intervención de dos personas en nómina de "S. E., S.A.", fuera por cuenta "S., LTD" para las entidades con quienes contactaban y dice que únicamente habría quedado acreditado la realización por esta última de actividades con cinco entidades financieras traducida en 18 operaciones desde 1.991 a 1.998.

Añade que aún cuando él pertenecía al Consejo de Administración de "S. E., S.A.", el citado Consejo no tenía ninguna facultad decisoria y era puramente formal, correspondiendo la gestión efectiva a los Comités de Direcciones de "T., S.A.", hasta septiembre de 1.996 y a partir de esta fecha al Grupo "A. & C.", grupo suizo que había adquirido en 1.992 el 49% del Grupo "T.. S.A.", del que "S. E., S.A." era filial. Ello implica que ni el recurrente ni ningún miembro del Consejo de Administración de esta última sociedad podían tomar ninguna decisión sin el conocimiento y autorización de los responsables de "A. & C." y añade que en cuanto tuvo conocimiento de posibles irregularidades se dirigió al responsable de esta Compañía.

Entiende que no hay pruebas de la realización de una actuación infractora y que se habrían vulnerado los principios de culpabilidad, confianza legítima, "non bis in idem" y de proporcionalidad.

CUARTO.- El Art. 99. q) de la Ley 24/1988 (LMV) sanciona el *"ejercicio o la realización habitual de actividades u operaciones comprendidas en el Art. 71 de esta Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto"*.

Resulta obvio en el ámbito del principio sancionador en el que nos hallamos, que debe quedar debidamente constatada la realización por quien fuera a resultar sancionada, de una acción típica y culpable, sanción que únicamente podría imponerse al sujeto que hubiera efectuado culpablemente la acción típica, que en el caso de autos, sería la anteriormente descrita.

"S., LTD" es un banco registrado en Nassau (Bahamas) propietaria del 98% del capital de "S. E., S.A.", que en distintas actuaciones que constan en la Diligencias Previas 53/98 seguidas ante el Juzgado Central de Instrucción nº 6 tenía como domicilio el de "S. E., S.A." en Madrid y los miembros de Consejo de Administración de esta última lo son también del de la primera.

De todos los hechos recogidos por la Resolución impugnada y que en cuanto desarrollo fáctico no son negados, solo puede racionalmente concluirse por el propio devenir de los hechos que "S. E., S.A." no se limitaba a dar información a terceros y a asesorar a los

mismos en materias relacionadas con valores, sino que obtenía ordenes de comprar sobre determinados valores a ser recepcionados por "S., LTD". Con independencia del resultado final del número de operaciones que se realizasen "S. E., S.A." tenía dos personas que mantuvieron contactos con entidades financieras españolas por cuenta y para "S., LTD", e incluso llega el actor a decir que la CNMV, conocía los hechos, antes de que le fueran comunicados por el Juzgado Central de Instrucción nº 6. No cabe olvidar tampoco que acepta la realización de 18 operaciones con cinco entidades financieras y aunque dice que las desarrolló "S., LTD", lo cierto es que era S. E., S.A.", a través de las personas que ella misma acepta tenía en nómina, la que captaba los inversores y preparaba las operaciones para "S., LTD" y ello implica esa habitualidad exigida por el Art. 99 LMV, por lo que no cabe atender sus pretensiones.

QUINTO.- El artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, dispone que *"por la comisión de infracción muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:*

a) Multa de importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cantidades resultantes: el 5 por 100 de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 50.000.000 de pesetas.

b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en el Mercado de Valores durante un plazo no superior a cinco años.

c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial correspondiente por un plazo no superior a cinco años.

d) Revocación de la autorización cuando se trata de Sociedades o Agencias de Valores, Sociedades Gestoras de Cartera o Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública en Anotaciones."

No consta que en el caso de autos se haya violado el principio de culpabilidad. Don S.B.A. era miembro del Consejo de Administración de "S. E., S.A." y le era, por tanto, aplicable lo dispuesto en los artículos 127 y 133.1 de la Ley de Sociedades Anónima, que le imponía una actuación diligente y la toma de medidas necesarias para asegurar el buen funcionamiento de la Sociedad y obviamente la adecuación en la actuación de la misma a la Ley, poniendo a tal fin la diligencia exigible.

No se está, pues, sancionando la mera pertenencia al Consejo de Administración, sino que en el desarrollo del ejercicio de éste, no se pusiera la diligencia necesaria, para evitar conductas como la sancionada.

No cabe decir, como hacer el actor, que no tenía ninguna autonomía y que dependían de los responsables de "A. & C.". El desempeño de miembro del Consejo de Administración es un cargo voluntario y si el mismo dice que la CNMV, conocía desde 1.996 el fundamento de la Sociedad, quiere decir que él también conocía, pese a lo cual y a que dice que dio cuenta de algunas actuaciones, siguió siendo miembro del Consejo de Administración de "S. E., S.A.", circunstancia ésta, esencial para entender respetado el

principio de culpabilidad y que en cuanto evidenciador de una actuación, cuando menos negligente, en el control de la marcha y operativa de la Sociedad, debe tenerse en cuenta para la imposición de la sanción, con respecto al principio de proporcionalidad.

SEXTO.- Ha de descartarse una violación del principio de “non bis in idem”, por el hecho de que se esté tramitando un procedimiento penal por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 y es que efectivamente “El T.C. en su sentencia de 30 de enero de 1981 (27/81) declaró que el principio “non bis in idem” garantizado en el Art. 25.1 de la Constitución excluye la duplicidad de sanciones administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, siempre que no concurra una relación de supremacía especial de la Administración que justifique una potestad sancionadora específica.

El Art. 96 de la Ley del Mercado de Valores, señala: *“El ejercicio de la potestad sancionadora será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento sancionador quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial penal. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento”.*

El Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, en su Art. 7 establece: *“En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal por los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones aportadas, para que una vez recibida la comunicación y si se estima que existe identidad del sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del expediente acuerde su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”.*

En el caso de autos, no se ha procedido a solicitar al Juzgado Central de Instrucción nº 6, comunicación sobre las actuaciones adoptadas, pues fue el propio Juzgado el que, remitió a la Comisión Nacional del Mercado de Valores un oficio en el que ponía de manifiesto una serie de hechos que, según su criterio, podrían ser constitutivos de infracción administrativa y ello *“por si fuera procedente la incoación del oportuno expediente sancionador”.* Es decir, el propio Juzgado de Instrucción entiende que no existe la identidad requerida por la normativa.

Pero es que, además, el procedimiento penal se instruye a efectos de determinar cuales fueron las causas reales que motivaron las pérdidas sufridas por los clientes de “A., A.V., S.A.” y su consiguiente tipificación como ilícito penal, mientras que en el procedimiento sancionador, que nos ocupa, el hecho que es objeto de consideración es si “S. E., S.A.” realizaba en España una actividad que, por Ley española, se encuentra reservada a una serie de entidades específicamente habilitadas a tal fin.

SÉPTIMO.- Ninguna duda hay de la trascendencia e influencias negativas para el sistema financiero español de la actuación de “S. E., S.A.”, generando un riesgo para los inversores, tal y como dice la Orden Ministerial, hoy impugnada. Dichas circunstancias deben tenerse en cuenta, para con respecto al principio de proporcionalidad imponer a Don S. B. A. la multa precedente, en cuanto miembro de su Consejo de Administración y en tal sentido debe señalarse que a los efectos del principio de proporcionalidad esta Sala considera, en línea con lo señalado por el Tribunal Supremo en Sentencia de 31 de diciembre de 2002, confirmando una Sentencia de esta Sección que: *“Respecto a la proporcionalidad en la imposición de la sanción en su grado máximo, la Administración la razona en la gravedad de un comportamiento, como es el uso de información privilegiada, encaminado a romper el principio de igualdad de oportunidades entre los inversores en cuya confianza se basa el propio mercado de valores. Ahora bien, tales afirmaciones si bien son válidas para fundar la tipificación como infracción muy grave de dichas conductas, no lo son para graduar la sanción en un caso concreto, en el que han de examinarse las concretas circunstancias del mismo. El mayor o menor reproche a una acción genérica determina su tipificación como infracción leve, grave o muy grave, pero no justifica la aplicación automática de la sanción más grave prevista para las de su clase, porque ello es una opción del legislador quién en este caso no lo ha previsto, no de la Administración ejecutoria de la Ley”.*

No debe por tanto tenerse en cuenta el mismo factor considerado para reputar la infracción como muy grave, como elemento determinante de la imposición de la multa impuesta, lo que lleva a estimar parcialmente el recurso interpuesto, fijándose la sanción a imponer en su grado medio.

OCTAVO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley jurisdiccional, no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

PRIMERO.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Dña M. L. J., en nombre y representación de Don S. B. A. contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1.999, debiendo revocar la misma en el sentido de fijar como multa la de 25 millones de pesetas –150.253,83 euros.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, lo pronunciamos, mandamos y fallamos.