

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE JUNIO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 10089/03
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzart
Acto impugnado: Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2003
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Junio de dos mil seis.

VISTO el recurso de casación número 10089/2003, interpuesto por la Procuradora Doña M.S.C., en nombre y representación de la Entidad Mercantil "D.D., S.L." y de Doña A.H., contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 798/2000, seguido contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 19 de junio de 2000, que acordó desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto contra la precedente Orden del mismo Ministerio de 8 de marzo de 2000, que resolvió el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la comisión de infracción consistente en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores y gestionar las carteras de sus clientes sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 798/2000, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 16 de octubre de 2003, cuyo fallo dice literalmente: «FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña 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 las costas.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de la Entidad Mercantil "D.D., S.L." y de Doña A.H. recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante providencia de fecha 27 de noviembre de 2003 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de las recurrentes, Entidad Mercantil "D.D., S.L." y Doña A.H., compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 30 de diciembre de 2003, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que tenga por presentado este escrito y documentos acompañantes y sus copias, los admita, me tenga por personado y por interpuesto en nombre de mis mandantes el recurso de casación preparado contra la Sentencia dictada en fecha de dieciséis de octubre de dos mil tres, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, admita a trámite el recurso y, en su momento,

dicte Sentencia estimando los motivos de casación, casando la resolución recurrida por no ajustarse a derecho y declarando estimar el recurso contencioso administrativo absolviendo a mis patrocinados de las sanciones imputadas, con imposición de las costas de la instancia y de este recurso a la parte recurrida.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 15 de febrero de 2005, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de la Sala de fecha 29 de marzo de 2005 se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la Administración del Estado) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 16 de mayo de 2005, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO: «Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenga por formuladas las consideraciones que en él se contienen; y previa la tramitación que proceda, dicte sentencia en su día por la que, desestime el recurso e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo establecido en la LJ.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 13 de febrero de 2006, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de junio de 2006, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado de Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

Constituye el objeto de este recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2003, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Doña A.H. y la Entidad Mercantil "D.D., S.L." contra la resolución del Vicepresidente del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía de 19 de junio de 2000, que desestimó el recurso de reposición formulado contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de marzo de 2000, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra los recurrentes, y se les imponen sendas sanciones de multa por importe de 50.000.000 de pesetas y de 380.000.000 de pesetas, respectivamente, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 99 q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción debida a la Ley 37/1998, de 16 de noviembre.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La sentencia de la Sala de instancia fundamenta la declaración de conformidad a Derecho de las resoluciones del Ministerio de Economía impugnadas en el extremo que concierne a considerar subsumibles los hechos imputados en el tipo establecido en el artículo 99 q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción debida a la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, al considerar que han realizado con habitualidad actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores, reservadas a empresas de servicios de inversión, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros, según se refiere en el fundamento jurídico tercero, en los siguientes términos:

«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 llevado 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 prevista en los artículos 64 y 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 correspondientes (en nuestro caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores) actúen como intermediarios entre los inversores (en nuestro caso, los residentes 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: 1º localizaba a los clientes, clientes para si misma, no para el o los brokers extranjeros, 2º 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 opciones 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); 3º lo único que "D.D., S.L." no hacía era comprar opciones y futuros con el dinero captado 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 "Swiss Union Brokers" como un broker suizo de la máxima confianza por estar sujeto a los estrictos controles de las autoridades de control y garantía, resultó que dicho "broker" no era tal sino un nombre comercial de otra empresa, la cual gestionaba las cuentas captadas por "D.D., S.L.".

El Tribunal a quo rechaza en el fundamento jurídico cuarto que la Administración haya vulnerado el derecho a la presunción de inocencia que se fundaba en la alegación expuesta en el escrito de demanda, de que no existe «base legal razonable para poder imputar cargo alguno», al estimar que en el expediente administrativo sancionador se contienen documentos que deben calificarse de pruebas de cargo porque acreditan la comisión a título de culpa de la infracción muy grave tipificada en el artículo 99 q) de la Ley del Mercado de Valores:

«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 recurso 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 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.

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 tienen 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 Doña 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 las 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.».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación interpuesto por Doña A.H. y la Entidad Mercantil "D.D., S.L." se articula en la exposición de tres motivos, que se fundan al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate.

En el primer motivo de casación, se denuncia que la Sala de instancia ha infringido los principios de tipicidad y de legalidad consagrados en nuestro Derecho positivo y en la jurisprudencia, al considerar acreditado que realizaban «una actividad comercial consistente en la captación de clientela en España para entidades extranjeras con la finalidad de que dichos inversores realizaran y concertaran con dichas entidades operaciones financieras o relativas con el mercado de valores», sin que dichos hechos «se apoyen en ninguna prueba de cargo», resultando indubitado que dichas acciones no deben ser sancionadas porque no pueden incardinarse en la infracción muy grave tipificada en el artículo 99 q), en relación con el artículo 64.6 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reformada por la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, extendiéndose el presupuesto de la conducta prohibida a otra totalmente distinta, «captación de inversores en beneficio de Entidad habilitada para realizar las actuaciones», de la mencionada en dicho precepto.

En la exposición del segundo motivo de casación, se aduce que la sentencia quebranta el principio de presunción de inocencia e in dubio pro reo consagrados en nuestro Derecho positivo y en la jurisprudencia.

En el tercer motivo de casación se reprocha a la sentencia la infracción del principio de territorialidad, que se infiere de los artículos 1 y 3 de la Ley del Mercado de Valores, que determina que las actividades desarrolladas no se encuentran «dentro del marco jurídico de la Ley 24/1988 y, por ende, dentro del marco de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores».

CUARTO.- Sobre el primer motivo de casación.

Procede rechazar la prosperabilidad del primer motivo de casación articulado fundado en la infracción de los principios de tipicidad y de legalidad, acogiendo los razonamientos expuestos por esta Sala en la sentencia de 8 de julio de 2004 (RC 1816/2001), en que ante idéntica alegación declaramos:

«La censura reflejada en este primer epígrafe no puede acogerse desde el momento en que, según ya hemos consignado, el tribunal sentenciador tuvo como hecho probado que las empresas sancionadas, más allá de las tareas de asesoramiento o información sobre materias relacionadas con los mercados de valores, representaban a determinadas entidades financieras para las que obtenían "órdenes de compraventa sobre determinados valores que serán recepcionadas por tales entidades extranjeras, a cambio de las oportunas comisiones".

Partiendo de este presupuesto, no puede imputarse a la Sala de instancia que haya vulnerado el "principio de tipicidad" al aplicar el artículo 99 de la Ley 24/1988 en la redacción entonces vigente. Pues a tenor de él constituía infracción muy grave el ejercicio o la realización habitual, a cargo de entidades o personas no habilitadas al efecto, de las actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de aquélla, operaciones entre las que se comprenden la de recibir órdenes de inversores, nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción o negociación de cualesquiera valores, nacionales o extranjeros, y transmitirlos para su ejecución a otras entidades habilitadas a este fin.

No negada la ausencia de habilitación administrativa y habiendo corroborado el tribunal sentenciador lo que a tenor de las pruebas practicadas en el expediente administrativo había ya demostrado la Administración, esto es, que las hoy recurrentes recibían y transmitían órdenes inversoras, cobrando por ello la oportuna comisión, tal conducta tiene su adecuado encaje en los tipos de infracción antes referidos.».

A estos efectos, resulta pertinente recordar la doctrina del Tribunal Constitucional, que se expone en la sentencia 242/2005, de 10 de octubre; sobre el significado garantista del principio de legalidad sancionadora en su vertiente formal y material, que evidencia que no ha sido objeto de vulneración por la sentencia recurrida:

«El análisis de si se han respetado las garantías formal y material del derecho a la legalidad sancionadora debe comenzar recordando la ya consolidada doctrina de este Tribunal sobre el particular en la que se ha reiterado que el art. 25.1 CE incorpora la regla *nullum poena sine lege*, que es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo y que comprende tanto una garantía formal como material. Si bien la garantía formal aparece derivada de la exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora, sin embargo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Por tanto, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos

esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (por todas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, F. 2, o 26/2005, de 14 de febrero, F. 3).

La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio. F. 2, y 26/2005, de 14 de febrero, F. 3).».

QUINTO.- Sobre el segundo motivo de casación.

El segundo motivo de casación fundado, sustancialmente, en la infracción del derecho a la presunción de inocencia, no puede ser acogido porque, en su desarrollo argumental, las partes recurrentes realizan una extensa y documentada exposición sobre la doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, relativa a dicho principio, que tanto valdría para éste como para cualquier otro recurso en materia sancionadora, pero que ninguna eficacia puede tener cuando resulta que los recurrentes no descienden a valorar la incidencia de aquel principio en el supuesto de autos, ni a explicar por qué el tribunal sentenciador lo habría vulnerado. En esas circunstancias, lógicamente, el contenido del motivo, sin duda valioso como recopilación de doctrina general, resulta inapropiado para fundar un recurso de casación.

A mayor abundamiento, cabría rechazar que la sentencia recurrida haya vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia al evidenciarse de la fundamentación jurídica que el Tribunal sentenciador ha realizado un análisis de las pruebas de cargo contenidas en el expediente sancionador tramitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que permite considerar acreditados los hechos constitutivos de la infracción imputada, que se revela acorde con las exigencias constitucionales.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia se resume en la sentencia 172/2005, de 20 de junio, en los siguientes términos:

«Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio

europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho -se continúa afirmando en la mencionada Sentencia- que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).

De otra parte hemos mantenido que el derecho a la presunción de inocencia, incluso en el ámbito del derecho administrativo sancionador (SSTC 45/1997, de 11 de marzo; 237/2002, de 9 de diciembre, F. 2), no se opone a que la convicción del órgano sancionador se logre a través de la denominada prueba indiciaria, declaración parecida a la efectuada por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, que también ha sostenido que no se opone al contenido del art. 6.2 del Convenio la utilización de la denominada prueba de indicios (STEDH de 25 de septiembre de 1992, caso Phan Hoang c. Francia, § 33; de 20 de marzo de 2001, caso Telfner c. Austria, § 5). Mas cuando se trata de la denominada prueba de indicios la exigencia de razonabilidad del engarce entre lo acreditado y lo que se presume cobra una especial trascendencia, pues en estos casos es imprescindible acreditar, no sólo que el hecho base o indicio ha resultado probado, sino que el razonamiento es coherente, lógico y racional. En suma, ha de estar asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común.».

SEXTO.- Sobre el tercer motivo de casación.

El tercer motivo de casación, que sostienen los recurrentes en el argumento de que la sentencia impugnada "quebranta el principio de territorialidad consagrado en nuestro Derecho positivo y jurisprudencia", debe rechazarse siguiendo la doctrina expuesta en la sentencia de esta Sala de 8 de julio de 2004 (RC 1816/2004):

«Forzosamente, ante la cita que hacen los recurrentes, hemos de reiterar lo que ya dijimos en la sentencia de 20 de junio de 2003 al estimar el recurso de casación

número 9699/1998, interpuesto por el Abogado del Estado precisamente contra la sentencia de 1 de junio de 1998, esto es, la que invocan los recurrentes en su apoyo.

En el fundamento jurídico cuarto de nuestra sentencia de 20 de junio de 2003 destacamos que la propia Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional había rectificado su criterio anterior sobre la aplicación del principio de territorialidad. Decíamos entonces que la Sala de instancia se había apartado, en decisiones ulteriores, de la tesis que sostuvo en la sentencia de 1 de junio de 1998, invocando de modo expreso este precedente para modificar la doctrina en él mantenida. La rectificación se manifestó en los siguientes términos al dictar la sentencia de 19 de abril de 1999, por la que la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional desestimó el recurso número 55/1996:

"[...] Esta sentencia se aparta de la doctrina establecida por esta misma Sección Sexta en su sentencia de 1 de Junio de 1998, por lo que, en aplicación de las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva, se hace preciso el razonamiento de este cambio de criterio. En dicha sentencia se examinaba un supuesto de hecho similar, con imposición de sanción por el mismo precepto de la Ley 24/88, y se estimaba el recurso por entender que el art. 3 de la Ley establece un principio de territorialidad, que, en conexión con lo dispuesto en el art. 1, lleva a concluir que "la empresa sancionada en ningún caso ha intervenido ni directa ni indirectamente en mercados oficiales de futuro y opciones, ni en mercados de valores primarios o secundarios ubicados en territorio nacional, lo que implica, a juicio de la Sala, que en su actividad no se encuentra dentro del marco de la Ley 24/1988, ni por ende dentro del marco de actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores". Dicha sentencia se encuentra pendiente de recurso de casación.

El art. 1 de la Ley establece su objeto [...] Los artículos siguientes no determinan su ámbito geográfico o territorial, sino que detallan el objeto. En el art. 3 la delimitación del objeto se efectúa en relación con los "valores" (el art. 4 concreta los sujetos y entidades) para circunscribir la aplicación de la Ley a aquellos cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional. En ningún otro precepto de la Ley se incluye la restricción "que tenga lugar en el territorio nacional", y sí se incluyen diversos artículos que ponen de manifiesto la vocación de abarcar a la totalidad de las actividades relacionadas con el Mercado de Valores. Así el art. 84 declara sujetos al régimen de supervisión, inspección y sanción de la Ley, a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales, el servicio de compensación y liquidación de valores, las sociedades y agencias de valores [...] y tras una enumeración que se pretende omnicompreensiva, se incluye una mención "residual" en el apartado letra c) a las restantes personas físicas y jurídicas en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta Ley y sus disposiciones complementarias.

Resta pues comprobar si las personas sancionadas por la Orden Ministerial impugnada han llevado a cabo alguna actuación de las que están incluidas en el ámbito de la Ley. La empresa "H.E." ha realizado en territorio nacional

actuaciones consistentes en la comercialización de valores, y la recepción y transmisión de ordenes de compra de valores. Entre el inversor español y "H. E." se ha contratado, al darse u aceptarse una orden de compra, y a la percepción del contrato no obsta el que posteriormente deba ejecutarse la orden de compra por un tercero, residente fuera del territorio nacional. Como expresa la Exposición de Motivos de la Ley 24/88 "las competencias de la Comisión 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, promoviendo las informaciones que sean de interés para éstos; la de controlar el desarrollo de los mercados primarios, la de admisión a negociación de valores en los mercados secundarios oficiales; así como su suspensión y exclusión; la de velar por el cumplimiento de las normas de conducta de cuantos intervienen en el mercado de valores [...]".

De mantenerse la interpretación dada por la sentencia de referencia se llegaría a la conclusión de que la Ley no protege al inversor sino a los valores que se negocian en territorio nacional. El bien jurídico protegido es obviamente más amplio: si la Ley se propone defender los intereses de los inversores, no puede restringirse su ámbito de actuación a quienes contratan con ellos con la correspondiente autorización administrativa y además colocando la inversión en el mercado nacional. La Ley trata de proteger al inversor y esa protección es operativa desde el mismo momento en que este plasma su decisión de efectuar una inversión en alguno de los valores incluidos en el ámbito de la misma, firmando la orden de adquisición, máxime cuando como ocurre en el supuesto litigioso, el receptor de la orden (dada y recibida en territorio nacional) ha efectuado una intensa campaña de captación de clientes. En conclusión, es preciso abandonar la tesis que prosperó en la sentencia señalada, al entender la Sección que los hechos constitutivos de la infracción por la que se impone la sanción están incluidos en el ámbito de la Ley 24/88 por las razones expuestas."

Noveno.- Considerábamos en nuestra sentencia de 20 de junio de 2003 que este cambio de criterio del tribunal de instancia era acertado y que la tesis mantenida en la sentencia entonces recurrida era contraria a derecho pues la conducta sancionada era subsumible en el artículo 99 q) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 71 de la misma Ley (según el cual "las Sociedades de Valores, sean o no miembros de alguna Bolsa, podrán desarrollar las siguientes actividades: 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").

El análisis de los preceptos que, por un lado, definen en términos generales el objeto de la Ley y, por otro, los que acotan en concreto los cometidos reservados a determinadas personas o entidades y sancionan la vulneración de esta reserva legal exclusiva, nos permitía llegar a estas conclusiones, reflejadas en los fundamentos jurídicos sexto y siguientes de nuestra sentencia de 20 de junio de 2003:

"[...] El artículo 1 de la citada Ley afirma que ésta tiene por objeto la regulación de los mercados primarios y secundarios de valores, estableciendo a tal fin los principios de su organización y funcionamiento, las normas rectoras de la actividad de cuantos sujetos y entidades intervienen en ellos y su régimen de supervisión. A tenor del artículo 3, por su parte, las disposiciones de la referida Ley serán de aplicación a todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en el territorio nacional.

La recta inteligencia de ambos preceptos no significa la inaplicabilidad de la Ley 24/1988 (y, por consecuencia, 1ª intervención de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) a supuestos en que, tratándose de valores mobiliarios negociados en mercados extranjeros, la actividad mercantil dirigida a su suscripción comienza en España, a través de la sucursal o establecimiento permanente de una sociedad alemana que actúa como intermediaria financiera.

Si la actividad de la sucursal consiste, precisamente, en recibir con habitualidad en España órdenes de inversores, nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción o negociación de cualesquiera valores, nacionales o extranjeros, órdenes que transmite a su principal en la República Federal de Alemania para que ésta, a su vez, acuerde lo procedente para su ejecución, semejante actividad está literal y expresamente comprendida en la reserva legal del artículo 71.a) de la Ley 24/1988.

Que esta era en el caso de autos la actividad desarrollada por la sucursal española de [...] se afirma sin ambigüedades en el relato de hechos probados que la propia sentencia de instancia contiene y antes hemos transcrito. Se habla en él del 'dinero correspondiente a las inversiones ordenadas por los clientes', ingresado en la cuenta de la sucursal, y cómo las "órdenes de autorización" dirigidas a la matriz alemana eran "remitidas a la sucursal, quien a su vez las remite a Alemania".

Se pone de manifiesto, pues que la sucursal española procedía a la recepción y transmisión de las órdenes relativas a los valores mobiliarios (no ha sido objeto de discusión el presupuesto de que en ellos se englobaban los contratos relativos a operaciones de futuros y opciones sobre mercancías). Todo lo cual era coherente, por lo demás, con el propio objeto social de la sucursal española que consistía precisamente en la "mediación de inversiones de todo tipo".

El hecho de que se tratara de valores cuya efectiva suscripción tiene lugar en un mercado extranjero no impide, repetimos, la aplicabilidad de las disposiciones de la Ley 24/1988 relativas a la exclusiva o reserva de ciertas actividades a favor de determinados sujetos o entidades. En concreto, no impide la aplicación del tan citado artículo 71, letra a), como a continuación exponremos. Y siendo ello así, el ejercicio habitual de estas funciones en España por parte de personas o entidades que no tienen la condición de sociedades o agencias del mercado de valores constituye la infracción muy grave del artículo 99, letra q), que la

Administración correctamente aplicó para sancionar y que la Sala de instancia debió igualmente considerar aplicable al caso de autos.

[...] A la referida conclusión no obstan los artículos 1 y 3 de la propia Ley 24/1988. Lleva razón el Abogado del Estado cuando afirma que la Sala de instancia, al interpretarlos (añadimos por nuestra cuenta, en relación sistemática con los demás preceptos de la misma Ley), ha cometido el error de identificar el objeto de la Ley del Mercado de Valores con su ámbito de aplicación. De modo que, en esta misma línea, la defensa de los valores cuya protección pretende la Ley se consigue no sólo regulando en términos generales la actividad y organización de los mercados de valores españoles sino también sometiendo a supervisión determinadas operaciones financieras llevadas a cabo en España, con habitualidad, por empresas del sector que, pudiéndose realizar al margen de dichos mercados nacionales, tengan una evidente conexión con los intereses de inversores españoles o de residentes en España, esto es, que se lleven a cabo en nuestro territorio y por personas jurídicas constituidas en él.

A ambos designios atiende la Ley 24/1988 cuyo ámbito de aplicación se extiende pues a las operaciones que, revistiendo la conexión territorial que la propia ley indica, tengan lugar en España, con independencia de que afecten a valores negociados dentro o fuera de nuestro país.

Subraya con el mismo acierto el Abogado del Estado cómo las actividades reservadas a las Sociedades y Agencias de Valores en el artículo 71 de la Ley 24/1998 van más allá de lo estrictamente referido a los mercados primarios y secundarios españoles. Además del precepto legal ahora en juego (el correspondiente a la letra a) de aquel artículo 71) queda sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores entre otras, la actividad consistente en gestionar profesionalmente las carteras de valores (letra j del mismo precepto) sin que pueda sostenerse que tal sujeción lo es sólo en cuanto éstos se refieran, a valores admitidos a cotización en un mercado español.

Basta, por lo tanto, que se dé la conexión territorial (actividad en España) y la habitualidad en el ejercicio de la actividad sujeta a reserva (en este caso, la recepción y transmisión de órdenes sobre valores) para que la entidad correspondiente se vea sometida a la Ley del Mercado de Valores y a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores tanto si la citada recepción y transmisión de órdenes se refiere a valores cotizados en España como si se trata de valores cotizados o negociados en el extranjero.

Por lo demás, la expresión 'comercialización' que emplea el artículo 3 de la Ley, referida a cualesquiera tipo de valores (y no necesariamente sólo a los negociados en los mercados primario y secundario españoles) quiere significar que basta con que en el territorio español se desarrollen actividades "comerciales" sobre aquéllos para que la actividad correspondiente se someta a las disposiciones de la propia Ley. Puede entenderse, a los efectos de este

precepto, que las actividades mediadoras o de servicios llevadas a cabo en España y referidas a los tan citados valores, cualquiera que sea el mercado primario o secundario en que se gestionen finalmente, se incluyen en el ámbito de extensión objetiva de aquel término.

La argumentación del Abogado del Estado debe acogerse, pues, en este punto capital para la estimación de su recurso. Argumentación que viene reforzada con la referencia al artículo 84.2 c) de la Ley del Mercado de Valores, que somete al régimen de supervisión, inspección y sanción a 'las restantes personas físicas y jurídicas en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta Ley y sus disposiciones complementarias'. Dichos sujetos, distintos formalmente del resto de los comprendidos en el artículo 84 (emisores, miembros de los mercados, u organismos rectores de éstos) son precisamente aquellos que de hecho llevan a cabo, de modo irregular, las actividades reguladas en la citada Ley.

En los términos de la exposición de motivos de la Ley 24/1988, se trata de proteger los intereses de los inversores, objetivo en aras del cual se establece no sólo el principio de exclusividad en la negociación bursátil stricto sensu sino también que el ejercicio habitual de las restantes actividades relacionadas con la inversión en valores, nacionales o extranjeros, enumeradas en el artículo 71 de la Ley, quedan reservadas a las Sociedades y Agencias de Valores."».

Debe en consecuencia, al desestimarse los tres motivos de casación articulados, declarar que no ha lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Doña A.H. y la Entidad Mercantil "D.D., S.L." contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 798/2000.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declararnos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por Doña A.H. y la Entidad Mercantil "D.D., S.L." contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2003, dictada en el recurso contencioso-administrativo 798/2000.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.