

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 20 DE JUNIO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 9618/04
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto impugnado: Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 8 de septiembre de 2004
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veinte de Junio de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 9618/2004 interpuesto por Don R.C.C., representado por la Procuradora Doña P.G.Y., contra la sentencia dictada con fecha 8 de septiembre de 2004 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 892/2001, sobre sanción en materia de mercado de valores; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don R.C.C. interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 892/2001 contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición presentado contra la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 2001 que resolvió el expediente incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y le impuso una sanción de multa de 50.000.000 pesetas como autor de una infracción del artículo 99, q) y a), de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 8 de enero de 2002, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia que "anule la resolución desestimatoria por silencio administrativo del recurso de reposición presentado contra la Orden Ministerial de fecha 2 de diciembre de 2001 y consiguientemente que se anule la sanción impuesta en virtud de la Orden Ministerial referida por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a mi representado Don R.C.C.". Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 11 de diciembre de 2002, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

CUARTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 17 de enero de 2003 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 8 de septiembre de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don R.C.C. contra la Resolución del Ministro de Economía de fecha 12 de diciembre de 2000, que declaramos ajustada a derecho en los términos examinados. Sin expresa imposición de costas".

QUINTO.- Con fecha 3 de diciembre de 2004 Don R.C.C. interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 9618/2004 contra la citada sentencia, al amparo

de un motivo único, suscitado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que se subdivide en cinco apartados. A lo largo de éstos se invocan como infringidos tanto "la letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores", como "la normativa vigente", la Ley 37/1998, de reforma de la Ley de Mercado de Valores.

SEXTO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con expresa imposición de las costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 27 de febrero de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 12 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 8 de septiembre de 2004, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don R.C.C. contra la Orden del Ministerio de Economía de 27 de diciembre de 2001 que, al resolver el expediente incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, le impuso una multa de 50.000.000 de pesetas (cincuenta millones de pesetas).

La sanción fue impuesta al considerar el Ministerio de Hacienda que el recurrente, en cuanto apoderado del administrador único de la sociedad, había realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión (desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores) sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse aquélla inscrita en los correspondientes registros administrativos.

La conducta fue calificada como una infracción muy grave tipificada en las letras q) y a) del artículo 99, por incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el apartado 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores.

El presente recurso de casación es similar al número 9314/2004, fallado por esta Sala con fecha de 13 de junio pasado e interpuesto en su día por otro de los sancionados (Don J.A.G.) contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2004, anterior a la aquí impugnada. A esta sentencia de 26 de julio de 2004 se referirá, para corroborar su contenido, la que ahora es objeto del recurso de casación.

SEGUNDO.- La Sala de instancia confirmó el ajuste a Derecho de la resolución impugnada. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia consideró como probados los siguientes hechos:

"1) La entidad "G.C., S.A." desarrolló en España entre el 18 de noviembre de 1998 y el mes de agosto de 1999, careciendo de la preceptiva autorización administrativa, tareas de captación de clientes para Formula Investment House y de recepción y transmisión de órdenes de inversores interesados en operar en el mercado internacional de divisas.

2) El 1 de octubre de 1998, fecha de constitución de "G.C., S.A." , Don O.G.O., en su calidad de Administrador Único, otorgó poderes a favor del demandante, que desde esa fecha actuó como directivo y apoderado de la sociedad."

Sobre esta base fáctica, la Sala de instancia analizó en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia los diferentes elementos del tipo infractor (actividades restringidas, habitualidad y ejercicio habitual de aquéllas) y los datos que permitían la subsunción en él de la actividad desempeñada por la entidad; rechazó (fundamento jurídico quinto) los argumentos del recurrente sobre la ausencia de culpabilidad en su conducta; no estimó tampoco (fundamento jurídico sexto) las alegaciones de aquél en torno a la aplicabilidad del periodo de adaptación previsto en la Ley 37/1998; y finalmente (fundamento jurídico séptimo) expuso los argumentos en cuya virtud reputó conforme a derecho la multa impuesta en la cantidad ya dicha.

Como quiera que sobre parte de estas cuestiones giran los correspondientes apartados del único motivo casacional, transcribiremos al analizarlos, siempre que sea preciso, las consideraciones del tribunal sentenciador.

TERCERO.- En los dos primeros apartados de su motivo de casación el recurrente, no obstante citar como infringida por indebida aplicación "la letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores", en realidad se limita a discrepar de los hechos probados que la sentencia declara como tales, lo que determinará la desestimación de aquéllos.

Su argumento consiste en mantener que la Sala de instancia "ha aplicado de manera indebida la normativa vigente puesto que tal y como ha quedado demostrado mediante los medios de prueba presentados por esta parte en su momento, la actividad desarrollada por "G.C., S.A." se limitaba a constituir un centro de información sobre el mercado internacional de divisas sin que, por otra parte, actuase como red o agente de ventas en España del Broker de las Antillas holandesas Formula Investment House. Añade que él mismo, en su calidad de apoderado, no desempeñó tareas de gestión o dirección efectiva de la sociedad y que se limitaba exclusivamente a prestar servicios de asesoramiento sobre divisas.

Ambos apartados del motivo son rechazables, repetimos, en el seno de un recurso que se basa en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y no en la revisión de los hechos de la instancia. Como es bien sabido, desaparecido el motivo casacional referido al error en la apreciación de la prueba de los hechos, aquellos que los tribunales de instancia declaran como probados no son ya discutibles en casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional pues constituyen precisamente el punto de partida sobre el cual juzgar si el tribunal de instancia ha aplicado debida o indebidamente la norma sancionadora.

El planteamiento argumental del recurrente resulta, pues, desenfocado en la medida en que vuelve a poner en cuestión los hechos y no la aplicación de la norma que a ellos ha hecho el tribunal sentenciador. No es que denuncie la indebida interpretación jurídica de las nociones de "intermediación" en cuanto distintas de las de "asesoramiento" en el mercado de valores, sino que simplemente niega que la sociedad realizara de hecho actividades que, de ser ciertas, nadie duda que lo son de intermediación.

Las afirmaciones de la Sala de instancia que hemos transcrito en el fundamento jurídico precedente son claras y taxativas en cuanto a la actividad desarrollada por la sociedad y, dentro de ésta, por el recurrente. A ellas podrían añadirse otras como la contenida en el fundamento jurídico tercero de la sentencia de instancia, del siguiente tenor:

"[...] Ya se ha dicho que la sociedad "G.C., S.A.", carecía de autorización administrativa para el ejercicio habitual de servicios de inversión y, más precisamente, para la recepción y transmisión de ordenes por cuenta de terceros relacionadas con el mercado de divisas. Pero, ello no obstante, esa fue precisamente su actividad, entre el 18 de noviembre de 1998 y agosto de 1999, como resulta acreditado en el expediente.

En efecto, en el expediente consta un acta de constancia de hechos, de fecha 10 de marzo de 1999 (folios 8 a 17), en el que el propio demandante, Don R.C.C., reconoce a los inspectores de la CNMV que los clientes de "G.C., S.A." en aquel momento eran 7, que aparecen identificados en un listado (folio 34), y que con 4 de ellos "...tienen contrato de apoderamiento y ha cursado órdenes de compraventa de divisas...", manifestando seguidamente que "...cesarán en esta actividad por la nueva LMV...". También, en dicha diligencia el demandante reconoce que la forma de operar de la sociedad consiste en realizar llamadas para la captación de clientes, localizando los números de teléfonos en las páginas amarillas de la guía telefónica y la Cámara de Comercio, y que sus honorarios consisten en un 5% de la inversión realizada.

Con posterioridad a dicha diligencia de constancia de 10/03/99, la sociedad "G.C., S.A.", continuó su actividad y en el expediente existen denuncias presentadas por inversores ante la CNMV que así lo acreditan (folios 120 a 125, 201, 202 y siguientes). La sociedad mantuvo la realización de la actividad de servicios de inversión para la que no estaba autorizada hasta agosto de 1999, fecha en la que desapareció de su domicilio en la calle Paseo de Gracia 47 de Barcelona sin dejar nuevas señas, según resulta de la diligencia de constancia de Inspectores de la CNMV (folio 336)."

Por lo demás, en el fundamento jurídico quinto de la sentencia reafirma la Sala de modo inequívoco que "tras examinar lo actuado en el expediente administrativo" ha de concluir que el recurrente no se limitaba a prestar servicios de asesoramiento y a elaborar informes sino que era "apoderado y directivo de dicha sociedad", como resultaba de la "[...] misma escritura de constitución de la sociedad (folios 19 a 22), que acredita que "G.C., S.A.", fue fundada y constituida en Barcelona el 1 de octubre de 1988 por únicamente dos personas, el demandante y Don O.G.O., aunque ciertamente el demandante era el socio minoritario. Y el mismo día de constitución de la sociedad, Don

O.G.O., en calidad de Administrador único, otorgó al demandante poderes para actuar en nombre y representación de la sociedad, facultándolo expresamente para ‘... llevar la dirección de los negocios de la empresa, nombrar y despedir factores y empleados, señalar sus funciones y retribuciones ...’(folio 35 a 38)”.

Así las cosas, no pueden ser acogidos los alegatos del recurrente cuando, en contra de los hechos que el tribunal de instancia declara probados, sostiene que la actividad desarrollada por “G.C., S.A.” no era sino de mero asesoramiento o información; en vez de la no autorizada de captación de clientes y recepción y transmisión de órdenes sobre valores, y que él no participaba en la gestión de aquélla. Por el contrario, se trataba de verdaderas operaciones de intermediación que excedían con mucho del mero asesoramiento o la información al cliente, en las que aquél intervenía como apoderado y directivo de la sociedad.

CUARTO.- En el tercer apartado del motivo único se critican las consideraciones del tribunal de instancia recogidas en el quinto fundamento jurídico de la sentencia acerca de la intervención del Sr. Don R.C.C. en las actividades infractoras. Insiste dicho señor en que “no desarrolló de manera efectiva la función propia de su cargo durante el período de tiempo en el que sobre él versaba esta condición” y que es al “señor Don O.G.O. a quien se le debería aplicar dicha normativa”.

Al margen de que no se llega a concretar, como es preceptivo en un recurso de casación, qué norma del ordenamiento jurídico resulta infringida, también en este apartado del motivo el recurrente se limita a discrepar de los hechos probados de la sentencia. No cabe invocar con éxito la presunción de inocencia cuando el tribunal de instancia, tras el análisis de la prueba practicada y a la vista de la intervención del sancionado en la actividad empresarial, concluye que dicho señor, él mismo accionista de la entidad, desempeñó de hecho las funciones directivas para las que estaba autorizado.

Este apartado del motivo único debe, pues, ser rechazado tanto por las consideraciones que hemos hecho respecto de los dos primeros cuanto porque la apreciación de la culpabilidad, al menos por negligencia, del apoderado se funda en bases sólidas que permitieron al tribunal de instancia llegar a dicha conclusión.

QUINTO.- En el cuarto apartado del motivo se critican las afirmaciones que la Sala de instancia hizo en el sexto fundamento jurídico de su sentencia respecto a la aplicación de la nueva Ley 37/1988, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El tribunal dijo a este respecto que “[...] sencillamente esta Disposición Transitoria 3ª de la ley 37/98 es inaplicable a este caso, porque ya se ha reiterado que “G.C., S.A.” no era ninguna Sociedad o Agencia de Valores o Sociedad Gestora de Cartera, es decir, no era ninguna empresa autorizada a prestar servicios de gestión, ni por tanto, destinataria del plazo de 6 meses previsto para la adaptación de los Estatutos a las modificaciones de la LMV.”

El recurrente se limita en este apartado a afirmar que la sanción de 50 millones de pesetas se impuso "atendiendo al volumen de efectivo que presuntamente captó a sus clientes desde fecha 18 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley 37/1998, de reforma de la Ley de Mercado de Valores, hasta el mes de mayo de 1999", período que coincide en parte con el de adaptación antes referido. Premisa de la que parece deducir -aunque no lo llega a afirmar de modo explícito- que la conducta infractora cometida durante este período debería haber quedado impune.

La Disposición transitoria tercera de la Ley 37/1998, a tenor de la cual las sociedades y agencias de valores, así como las sociedades gestoras de carteras, disponían de un plazo de seis meses para adaptar sus estatutos y programas de actividades a las disposiciones de nueva ley, no afectaba a la continuidad de la prohibición de ejercitar actividades de intermediación por parte de quienes careciesen de la debida autorización. Esta prohibición, que estaba ya presente en la Ley 24/1988, no fue modificada por su reforma a cargo de la Ley 37/1998.

El motivo debe ser, pues, desestimado también en esta parte. El período de adaptación antes referido nada tiene que ver con la ilicitud de la conducta en este caso sancionada pues antes de dicho período transitorio, durante él y después de él las compañías que no estuvieran debidamente autorizadas para la realización habitual de la actividad de mediación consistente en recibir o transmitir órdenes referidas a valores y, pese a ello, realizaran tal actividad, incurrían en la infracción sancionada.

En suma, la aplicación de la Ley 37/1998 era irrelevante a los efectos sancionadores que nos ocupan, como bien concluyó el tribunal de instancia.

SEXTO.- En el último de los apartados de su motivo de casación discrepa el recurrente de las afirmaciones del tribunal de instancia en cuanto a la graduación de la sanción. Tales afirmaciones, que reproducimos, fueron las siguientes:

"[...] Considera el demandante que debe anularse la sanción porque se ha calculado teniendo en cuenta una cifra de negocios de "G.C., S.A." que no se corresponde a los conceptos que se le atribuyen.

Debe señalarse, en primer lugar, que el volumen de negocios no es determinante de la cuantía de la sanción, sino únicamente una de las circunstancias que debe tener en cuenta la Administración para la fijación de la cuantía de la multa.

En este caso, la Administración considera que el efectivo captado -que es un concepto distinto al del volumen de negocios- por "G.C., S.A.", en el período de noviembre de 1998 a agosto de 1999, sumó un importe de 1.061.488.680 pesetas. Tal cifra es obtenida por simple deducción del importe de las comisiones percibidas por "G.C., S.A.", que sabemos era del 5%.

En el expediente está acreditado por certificaciones de Caja Madrid y del Banco Atlántico que los ingresos percibidos por dicha sociedad, en el período indicado, fueron de 44.726.134 pesetas en la primera entidad bancaria y de 8.348.300 pesetas en la segunda, procedentes de al menos 52 clientes. Y tal cantidad es la

tenida en cuenta por la Administración, al objeto de ponderar el daño causado en la fijación de la cuantía de la multa.

El origen de dichos ingresos debe imputarse a la actividad de servicios de inversión ilícitamente realizada por "G.C., S.A.", pues no consta que la sociedad desarrollara actividad distinta a la que atribuir tales ingresos, teniendo en cuenta además que el recurrente, apoderado de la sociedad, tenía asimismo facultades de disposición en las citadas cuentas bancarias, de forma que le resultaba sumamente sencilla la prueba -ni siquiera intentada- del origen de los ingresos acreditados de la sociedad.

La sanción de multa se ha impuesto en el grado máximo previsto en el artículo 102 a) LMV, según se afirma en la propia Resolución por lo que es necesaria la apreciación de la concurrencia de circunstancias agravantes, de entre las previstas en el artículo 14 de la Ley 24/1998, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

La Administración ha justificado la imposición de la sanción en su grado máximo al apreciar la actuación de manera dolosa, pues se requirió a la entidad del cese de las actividades al señalar que las mismas se realizaban sin la debida autorización, sin que tal requerimiento fuese atendido. Tal actitud demuestra no solo el pleno conocimiento de la irregularidad, sino la intención de persistir en ella. A ello se añade el grave perjuicio ocasionado al mercado y las consecuencias desfavorables para el sistema financiero español, citadas expresamente en la Resolución impugnada. En efecto, la actividad de recepción y transmisión de ordenes de inversión por cuenta de terceros, llevada a cabo por personas y sociedades no habilitadas o autorizadas, debe considerarse especialmente perjudicial para los mercados e incorpora un evidente peligro para los inversores, que quedan frente a ellas totalmente desprotegidos. A todo esto se suma, como un elemento más a tener presente, las ganancias obtenidas como consecuencia de los actos constitutivos de la infracción, de un importe superior a 53 millones de pesetas en menos de 1 año."

La discrepancia del recurrente con esta parte de la sentencia se plasma en tres argumentos. En el primero de ellos se limita a repetir que las actividades realizadas por "G.C., S.A." no fueron de intermediación, lo que anteriormente hemos rechazado.

Sostiene, en segundo lugar, que la fijación de la cifra del volumen de negocios ha sido calculada de modo arbitrario. No tiene, en cuenta, sin embargo, las acertadas consideraciones del tribunal de instancia para concluir en el sentido de que, acreditados los ingresos percibidos en las cuentas corrientes, no constando que procediesen de otras actividades y sí, por el contrario, que correspondían a las comisiones del cinco por ciento sobre las cantidades objeto de inversión, las cifras utilizadas por la Administración podían ser justamente aceptadas por la Sala.

Reitera el recurrente, en tercer y último lugar, sus consideraciones precedentes en cuanto a su actuación como "apoderado que ni siquiera desempeña las funciones

propias de su cargo”, argumento que asimismo hemos rechazado en los fundamentos jurídicos anteriores.

Debemos, pues, desestimar también esta última parte del motivo y, con ella, el recurso de casación en su integridad.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso lleva aparejada la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido; conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 9618/2004, interpuesto por Don R.C.C. contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de fecha 8 de septiembre de 2004, en el recurso número 892 de 2001. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.