

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE OCTUBRE DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 539/99
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de abril de 1999
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de octubre de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de los Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido A. S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.M.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, relativa a sanción la cuantía del presente recurso 33.055,67 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por A. S.A. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.M.R. frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, solicitando a la Sala, declare la nulidad, por no ajustada a Derecho, de la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Reclamando y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndose en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas y evacuando el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día dos de octubre de dos mil dos.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en éstos autos la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 8 de Abril de 1999, por la que se acuerda imponer a la recurrente cuatro sanciones de multa de 33.055,67 euros cada una, como consecuencia de la comisión de infracciones tipificadas en la Ley 24/1988 de 28 de Julio, en su artículo 100 n), la sanción de multa de 33.055,67 euros por la infracción prevista en el artículo 100 c) y cuatro sanciones de 3.606,07 euros por la comisión de infracciones leves previstas en el artículo 101 de la citada Ley, y serán objeto de análisis a continuación.

SEGUNDO.- El fundamento de la sanción impuesta al recurrente viene determinado por los siguientes hechos:

- A) Cobro de retrocesiones de comisión de los clientes sin informar de ello.
- B) Cobro de comisiones superiores a las previstas en el folleto.
- C) No aplicación de las reglas de prorrateo que supuso mejoras de precios en las entidades controladas que para el resto de clientes.
- D) Falta de medidas de separación entre actividades desarrolladas por la recurrente y por una Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva y un Banco Perteneciente a su grupo, al no aplicarse las barreras de información.
- E) Irregularidades en la llevanza de los registros.

Esto en lo que hace a las infracciones graves.

- A) Incumplimiento de normas en materia de representantes.
- B) Incumplimiento de normas sobre información e identificación de clientes y actuaciones relativas a contratos tipo.

Estos últimos hechos dieron origen a las infracciones leves.

TERCERO.- El artículo 100 n) tipifica como grave la infracción de incumplimiento del principio de prioridad de clientes previsto en los artículos 79 y 80 y la vulneración de los previsto en el artículo 83, todos ellos de la Ley 24/1988.

El artículo 100 c) por su parte tipifica como infracción grave el incumplimiento de las normas vigentes en la contabilización de operaciones, formulación de cuentas y el modo de llevanza de los libros.

El artículo 101 califica como infracción leve los incumplimientos de preceptos de obliga observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

CUARTO.- Así las cosas hemos de examinar las alegaciones actoras:

- A) Se afirma que respecto de todas las infracciones de incumple el principio de reserva de Ley establecido en el artículo 25 de la Constitución, pues la llamada a la colaboración con la Ley de norma reglamentaria, se hace desde tipos legales abiertos sin que los mismos contengan los elementos esenciales de la conducta constitutiva de la infracción.

Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse con anterioridad sobre este problema. Hemos declarado, que si bien es cierta la anterior doctrina recogida por el Tribunal Constitucional, no lo es menos que en el presente caso nos encontramos ante situaciones regidas por relaciones jurídicas de supremacía especial. Efectivamente, la

CNMV es un órgano de regulación que supervisa en el ámbito del mercado bursátil, el correcto y legal comportamiento de quienes operan en él. Por ello la posición de tal ente administrativo lo es de supremacía especial respecto de tales operadores. También es doctrina del Tribunal Constitucional que cuando nos encontramos ante relaciones de sujeción especial, el principio de reserva legal en materia sancionadora administrativa, sufre modulaciones, suavizándose, de suerte que los estrictos requisitos de concreción del tipo legal, se relajan admitiendo la colaboración de la norma reglamentaria de forma más intensa.

Tal es lo que ahora ocurre. Sin bien los tipos remiten a norma reglamentaria, lo cierto es que contienen exactamente la referencia a las normas reglamentarias que hayan de vulnerarse, precisamente por reconocer competencia al órgano de regulación para la regulación del mercado, dejan a la determinación de tales normas el concreto contenido de las conductas infractoras. Debemos afirmar por ello que el principio de reserva legal en el ámbito de la supremacía especial se ha cumplido.

B) En cuanto a las infracciones referentes a la prioridad de clientes, tipificada en el artículo 100 n) de la Ley 24/1988 en relación con los artículos 79 y 80 de la propia Ley, hemos de señalar que el artículo 79 establece la absoluta prioridad del interés del cliente, estableciéndose a continuación en el artículo 80 una serie de supuestos concretos de conductas prohibidas respecto de éste principio.

El primer problema que se plantea es si las conductas que han de ser consideradas como constitutivas de la infracción prevista en el artículo 100 n), son solo las recogidas en el propio artículo 80, o por el contrario es posible subsumir en el precepto tipificador, cualquier otra conducta contraria al principio general contenido en el artículo 79.

La llamada contenida en el artículo 100 n) lo es a ambos preceptos: el artículo 79 y 80, por ello hemos de entender que la infracción viene referida, no solo a las conductas concretamente establecidas en el artículo 80, sino también a cualquier otra que suponga una vulneración del principio contenido en el artículo 79, siempre que la misma constituya el incumplimiento de una conducta exigida formativamente, aunque la norma que la contenga no lo sea de rango legal, porque, como hemos visto, esta llamada a la norma reglamentaria en la concreción de tipos es admisible en los supuestos de relaciones de supremacía especial. Así las cosas, cuando un incumplimiento formativo constituya una vulneración del principio de prioridad de intereses previstos en el artículo 79, es evidente que la conducta puede ser subsumida en el artículo 100 n).

Desde las premisas expuestas hemos de examinar las diversas conductas imputadas:

1. En relación al cobro de retrocesiones de comisiones. Ciertamente es que tal conducta no se encontraba expresamente prohibida al tiempo de realizarse los hechos que nos ocupan, pero, como correctamente señala la Administración demandada, lo que era una exigencia clara era la información al cliente sobre las mismas, y tal información no se produjo.

Efectivamente, al margen de la genérica obligación contenida en el artículo 16 del Real Decreto 629/1993, expresamente se reconoce la obligación de manifestar a los clientes las vinculaciones económicas o de cualquier otro tipo que existan entre la entidad y otras entidades que puedan actuar de contrapartida, en el artículo 5.6 del Código General de Conducta, aprobado como anexo al antes citado Real Decreto.

2. Cobro de comisiones superiores a las establecidas en el folleto. La obligación de informar de las comisiones que hayan de cobrarse a los clientes, y consignarlas en el folleto, aparece claramente establecida en el artículo 10.3 y 13 de propio Real Decreto citado. No puede distinguirse entre contratos anteriores a la publicación de las comisiones - como sostiene la actora - porque las mismas vienen referidas a operaciones realizadas y no respecto de relaciones contractuales. Tal actuación vulneró el artículo 11 del repetido Real Decreto.

3. La no aplicación del prorrateo supuso la vulneración del artículo 6.3 del Código General antes mencionado, en relación con el principio contenido en la disposición adicional primera del Real Decreto 629/1993. No podemos admitir que tal conducta - que no es negada por la actora -, se encuentre justificada por un fallo informático, pues era obligación de la misma que tal circunstancia no se produjera, o, producida, remediarla. Tampoco es justificación la ganancia obtenida por los clientes en sus operaciones.

Sostiene igualmente la actora, que las descritas conductas habrían de calificarse como infracciones leves, pues resulta claro que suponen incumplimiento de obligaciones normativas, pero no encuentran vinculación con el principio de prioridad de interés del cliente.

En este punto también es acertado el razonamiento de la Administración al señalar que el propio Real Decreto en su exposición - que, como es sabido, sirve de criterio de interpretación de las normas contenidas en el mismo-, señala expresamente que el capítulo III regula de una manera amplia las relaciones entre las entidades y sus clientes; y, al ser precisamente estas relaciones las que han de regirse por el principio de prioridad de interés del cliente, son tales normas las configuradoras de este principio.

El principio que hemos examinado aparece igualmente recogido en el propio artículo 79 tras la reforma operada por la Ley 37/1998, e igualmente su vulneración sigue constituyendo infracción muy grave - artículo 100 n) de la nueva Ley -.

C) En cuanto a la vulneración del artículo 83 de la Ley 24/1988, también constitutiva de infracción muy grave según el artículo 100 n), viene determinada al no existir barreras de información entre entidades del grupo. El precepto en cuestión determina, en relación con la información derivada de las actividades bursátiles, no este al alcance directa o indirectamente del personal de la propia entidad que trabaje en otro sector, de forma que cada función se ejerza de forma autónoma y sin posibilidad de que surja conflicto de intereses entre las mismas.

La esencia del precepto radica en que la información derivada del mercado bursátil no debe ser conocida fuera de ese ámbito de actividad, evitando así que pueda determinar

otro sector de actividad o crear conflictos de intereses. Por eso no puede aceptarse el planteamiento de la recurrente cuando afirma que tal precepto es aplicable dentro de la entidad, pero no entre entidades del grupo. Lo importante es que la información no sea conocida en otro ámbito de actividad, ya se desarrolle la actividad en la propia entidad, o se constituyan entidades diversas para su desarrollo en el seno de un grupo empresarial.

Es cierto que la relación del precepto, al referirse a "entidad", no es correcta, pues la propia norma está, de manera clara, refiriéndose a distintos sectores de actividades, y las mismas pueden realizarse en el seno de la entidad o mediante entidades integradas en un grupo empresarial; pero lo que resulta evidente es la ratio del precepto: la información obtenida en el desarrollo de la actividad bursátil no puede ser conocida fuera de dicho sector. Y en tal sentido es absolutamente que las distintas actividades se desarrollen con unas u otras formas societarias.

Lo que la nueva Ley 37/1998 ha hecho al reformar el precepto en cuestión, no ha sido alterar su anterior contenido, sino mejorar su técnica, haciendo referencia expresa a entidades integradas en un mismo grupo, pero en absoluto desvirtúa la anterior interpretación, única posible atendiendo a la finalidad de la norma - artículo 3.1 del Código Civil -.

D) En relación a la infracción contenida en la letra c) del artículo 100, incumplimiento de normas en la llevanza de registro, afirma la actora que solo se refería a 19 operaciones de un total de 1.000. Sin embargo ello no desvirtúa la afirmación de la Administración en la que basa la gravedad de la conducta: un breve periodo de tiempo, de Junio a Agosto, y un elevado importe, 2.863 millones de pesetas, en relación a las 19 operaciones afectadas; lo que justifica la gravedad apreciada.

E) En cuanto a las infracciones leves hemos de señalar:

1. Es correcta la valoración realizada en la resolución impugnada en cuanto al ámbito de actuación de los representantes, y a la concreta actuación realizada - promoción de contratos de gestión de cartera en nombre y por cuenta de la recurrente -.

2. También lo es la calificación como leve de las infracciones constituidas por incumplimiento de normas sobre información e identificación de clientes y normas relativas a contratos tipo.

Por último, basta observar las cuantías de las multas impuestas sobre las que podrían imponerse para comprobar que se ha cumplido el criterio de proporcionalidad, pues han sido impuestas en su grado mínimo.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y confirmación del acto impugnado, por ser conforme a Derecho en los extremos examinados.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por A. SA y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.M.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y presentada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los extremos examinados, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.