

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE JUNIO DE 2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 87/04
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resoluciones del Ministerio de Economía de 18 de diciembre de 2003 -que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 14 de julio de 2003-, y de 19 de diciembre de 2003.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidós de junio de dos mil cinco.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 87/2004, se tramita a instancia de la entidad "E., AGENCIA DE VALORES, S.A.", representada por la Procuradora Dña. E.M.G., contra dos resoluciones adoptadas, la primera de ellas por el Ministro de Economía y Vicepresidente Primero del Gobierno, con fecha 18 de diciembre de 2003, por la que se desestima el recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de julio de 2003; y por el propio Ministro, la segunda, de fecha 19 de diciembre de 2003, sobre infracciones graves y muy graves de la Ley del Mercado de Valores; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 432.000 Euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso, en fecha 25 de febrero de 2004, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"admítala el presente escrito junto con sus documentos y copias, tenga por devuelto el expediente administrativo, y por formulada DEMANDA contra las resoluciones del Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía de 18-12-03 y 19-12-03, para, tras los oportunos trámites legales, dejar sin efecto ambas resoluciones y anular todas las sanciones impuestas a mi representada por no ser conformes a Derecho"*.

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Que habiendo por recibido este escrito se tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales se dicte sentencia por la que se desestime la pretensión de presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho"*.

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 15 de noviembre de 2004, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 6 de mayo de 2005 y, finalmente, mediante providencia de 30 de mayo de 2005, se señaló para votación y fallo el día 14 de junio de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y la sido Ponente la Ilma. Sra. D^a. Maria Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Se impugnan en el presente recurso contencioso-administrativo dos resoluciones adoptadas, la primera de ellas por el Ministro de Economía y Vicepresidente Primero del Gobierno, con fecha 18 de diciembre de 2003, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por "E., AGENCIA DE VALORES, S.A.", -ahora recurrente- contra resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 14 de julio de 2003, por la que se adoptó el acuerdo siguiente:

"1. Imponer a "E., AGENCIA DE VALORES, S.A.":

1. Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 o) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la concesión ocasional de créditos o préstamos, actividad para la que no está autorizada, sanción consistente en multa por importe de 30.000 euros (TREINTA MIL EUROS), y sanción de amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado.

2. Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de normas de conducta, al no haber aplicado los procedimientos y controles adecuados para salvaguardar el registro de operaciones sanción consistente en multa por importe de 30.000 euros (TREINTA MIL EUROS), sanción de amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado".

Y, la segunda de ellas, la resolución de 19 de diciembre de 2003, dictada por el Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía por la que entre otras cosas, se acuerda:

"1. Imponer a "E., AGENCIA DE VALORES, S.A.":

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por no haber contabilizado determinados ingresos correspondientes a operaciones en las que ha mediado, sanción consistente en multa por importe de 240.000 euros (DOSCIENTOS CUARENTA MIL EUROS), y sanción de Amonestación Pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado.

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 70.1 h) del mismo texto legal, en relación con la utilización de "cuentas ómnibus" sin el cumplimiento de los requisitos previos establecidos, sanción consistente en multa por importe de 72.000 euros (SETENTA Y DOS MIL EUROS), y sanción de Amonestación Pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado.

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la inobservancia de la limitación prevista en el artículo 70.3 del mismo texto legal en lo relativo a la recepción de financiación,

sanción consistente en multa por importe de 60.000 euros (SESENTA MIL EUROS), y sanción y Amonestación Pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado”.

2.- El contenido del presente recurso es en gran parte coincidente con el substanciado ante esta misma Sala y Sección bajo el nº 107/2004 seguido a instancia de Don C.R.L., como Presidente y Consejero Delegado precisamente de “E., AGENCIA DE VALORES, S.A.”, habiendo recaído sentencia de fecha 7 de junio de 2005 en la que la Sala ha tenido ocasión de resolver las mismas cuestiones que ahora se plantean por la actora, tanto en relación con la validez formal de procedimiento seguido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como también sobre la legalidad de las sanciones impuestas en relación con tres de las infracciones (dos muy graves y otra grave) que aquí también se cuestionan por la demandante.

En efecto, los motivos aducidos en este caso por la demandante pueden resumirse como sigue:

1.- Respecto de la oposición al acuerdo incoación del expediente sancionador se invocan los artículos 107, 62 y 63, todos de la Ley 30/92.

Además, los artículos 11 y 12 del Reglamento del Procedimiento sancionador, 35 a) y 54 de la Ley 30/92.

2.- Respecto de la infracción por la utilización de las denominadas “cuentas ómnibus”, por haber sido ésta conforme a la Ley y a su artículo 99l) LMV, sin perjuicio ni utilización indebida de los valores –no metálico- depositados.

3.- Respecto de la infracción de recepción de financiación, por no haber sido tal, sino el cumplimiento urgente y motivado de los coeficientes de solvencia y liquidez, y efectuada por la sociedades vinculadas a la Agencia y cliente. No se infringe el artículo 99 l) LMV.

4.- Respecto de la infracción de falta de registro contable de ingresos, por la inexistencia del hecho imputado, presunción de inocencia, imputarse la conducta atípica por haber sido supuestamente comisiones y no operaciones lo ocultado, y referirse a ejercicios prescritos.

5.- Respecto del incumplimiento de normas de conducta, por no ser un Manual de Procedimientos una norma de disciplina y ordenación conforme al artículo 95 LMV, y estar justificada la indisposición inmediata del registro de operaciones por un robo en todo el edificio no sólo en la Agencia.

6.- Respecto de la concesión ocasional de créditos o préstamos, el no ser la conducta imputada típica conforme al artículo 100 o) LMV, referirse a un particular método de facturación con un cliente, que nunca le financió operaciones.

7.- Respecto de todas las conductas imputadas, el principio de tipicidad, reserva de ley en materia sancionadora, transparencia, presunción de inocencia y ponderación con

graduación de las sanciones, recogidos en los artículos 2, 3 y 4 del RD. 1398/93 del ejercicio de la potestad sancionadora.

3.- Pues bien, en la referida sentencia dictada en el recurso nº 107/2004 la Sala ha tenido ya ocasión de rechazar la primera de las alegaciones de la actora en relación con la alegada invalidez de las diligencias previas que, en efecto, no se sustenta en ninguna de las que la Ley 30/1992 establece como causa de la pretendida nulidad de pleno derecho de los actos administrativos recurridos. En efecto, como en aquella sentencia decíamos *“el inicio del procedimiento sancionador, del que forman parte las denominadas diligencias previas, es competencia exclusiva de la Administración, en este caso, haciendo uso de las potestades de supervisión e inspección que la legislación, sobre el Mercado de Valores atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, con arreglo al artículo 85 de LMV puede recabar la información que estime oportuna sobre las materias de su competencia, pudiéndose realizar cuantas inspecciones y comprobaciones se consideren oportunas. Y dentro de dichas potestades de supervisión se encuentran, con arreglo al artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, a la sazón vigente, las actuaciones realizadas con carácter previo al inicio propiamente dicho del procedimiento sancionador y, en definitiva, al objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen la apertura del expediente sancionador para el caso de que existan indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa estándole vedado a la Administración, con arreglo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, permanecer inactiva ante la denuncia de posibles infracciones sancionables. Y si, como ocurre en este caso, una mera denuncia, además formulada por un empleado despedido por la propia Agencia de Valores denunciada, no constituye motivo suficiente para la inmediata iniciación de un procedimiento sancionador, ni tan siquiera para la concreción de un determinado cargo, mal puede decirse que se ha eludido el procedimiento debido ni, menos aún si cabe, la incompetencia del órgano supervisor de la CNMV pues, como con toda claridad establece el artículo 12 del Real Decreto citado, las actuaciones previas serán realizadas “por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia”, de ahí que nada quepa oponer, en definitiva, a la actuación desarrollada por la CNMV en la averiguación de los hechos denunciados, mediante la realización de una visita de supervisión a la Agencia, haciendo uso de las potestades que legalmente tienes encomendadas”.*

4.- Igualmente debe rechazarse las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haber sido sancionado, según la recurrente, sin pruebas objetivas suficientes. Frente a esta afirmación, debemos concluir que en ambas resoluciones impugnadas, especialmente en el apartado relativo a los “Hechos Probados”, se describen las pruebas con las que contó la Administración y la valoración que de las mismas realiza el órgano sancionador. Su pormenorizada descripción (tanto de los aspectos derivados del análisis general de la Agencia, como de los derivados de su actuación cuya operativa se detalla minuciosamente, como del examen de la documentación contable, etc., no deja lugar a dudas sobre la suficiencia de tales pruebas para ser calificadas como “de cargo” para desvirtuar la presunción de inocencia (STC 102/1994). De ahí que debe tenerse por probada la comisión de las infracciones a que se refieren las resoluciones impugnadas, tal y como ya antes adelantábamos.

5.- Por lo que se refiere a las alegaciones específicas efectuadas por la demandante intentado eludir su responsabilidad sobre la primera de las infracciones (del artículo 100

o) LMV) la Sala ha de corroborar la interpretación de la CNMV respecto del sistema de cobro por la Agencia de sus comisiones pues, en efecto, el hecho de que la Agencia aplique al cliente, al final de cada mes un descuento en las comisiones mediante un abono que disminuye o anula el descubierto existente, no desvirtúa la existencia de financiación, ya que tal descuento, al aplicarse como *rappel* en función de que el cliente alcance un determinado volumen de operaciones no puede calcularse nada más que al final del mes que es cuando se sabe el total de operaciones y, consecuentemente, es entonces cuando se abona. En consecuencia, los descubiertos producidos entre tanto en la cuenta son descubiertos reales (y no meramente contables) que conllevan un efectivo préstamo o financiación por parte de la Agencia a su cliente.

Por lo demás, la infracción que se examina no solamente es sancionable a título de dolo, sino que basta la culpa o negligencia, como en el presente caso ocurre por el incumplimiento de la diligencia debida en materia de control interno que, en definitiva, llevó a financiar la operativa de un cliente (Procapital Corporación) en el ámbito del control de los saldos deudores.

6.- Por lo que se refiere a la primera de las infracciones muy graves imputadas al recurrente y sancionada en la segunda de las resoluciones impugnadas (infracción del artículo 99 l) LMV en relación con la utilización de "cuentas ómnibus" sin el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto) y, en relación con ello es de tener en cuenta que el artículo 70.1 LMV dispone que *"Las empresas de servicios de inversión deberán cumplir las obligaciones previstas en esta Ley... y, en especial: ... h) tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebidas de aquellos..."*.

Entre dichas medidas de control interno para proteger los valores que los clientes confían a las empresas de inversión nos encontramos con determinados requisitos o cautelas que han de cumplirse para la utilización de las denominadas "cuentas ómnibus", entre otros, los establecidos en la Circular de la CNMV 1/1998, sobre Sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos que, en su Norma 12 a. 1. hace referencia a la obligación de adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de propiedad de los clientes y, en definitiva, controlar que no se hace un uso indebido de los valores que les han sido confiados para su custodia y, en particular: se exige frente a la regla general de que los valores de los clientes que las entidades sujetas mantengan en depósito o depositen en otras entidades se realicen en cuentas individualizadas abiertas a nombre de cada cliente, que, no obstante, *"podrá registrarse en cuentas globales de valores o instrumentos financieros ("cuentas ómnibus") cuando la entidad opere en mercados extranjeros en los que la práctica habitual exija la utilización de cuentas globales de valores o instrumentos financieros para cliente de una misma entidad"*, exigiéndose con carácter previo a la apertura de tales cuentas globales el cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales figura, el que la denominación de la cuenta de cliente refleje expresamente "el carácter de cuenta de terceros, siendo necesario obtener la autorización escrita de cada cliente, informándole de los riesgos que asume como consecuencia de esta operativa, entre otras cosas.

Pues bien en el presente caso de lo actuado resulta que las cuentas en que se encuentran depositados los valores extranjeros de los clientes, aparecen a nombre de la

propia Agencia no reflejando expresamente el carácter de cuenta de terceros (certificados bancarios obrantes en el expediente administrativo). Y la importancia de tales omisiones es obvia, habida cuenta que la finalidad es impedir que los valores propiedad de los clientes puedan ser considerados por terceros acreedores de la Agencia como propiedad de ésta al aparecer a su nombre. Y pese a lo manifestado por la actora en relación a tener autorización para utilizar dicha operativa de cuenta global, la actora sigue sin acreditar en este proceso tal extremo fáctico, al menos, en relación con 24 de dichos clientes, no obstante las facilidades dadas al efecto por este Tribunal.

De ahí, en fin, la corrección de la calificación jurídica de los hechos considerados al ser, en efecto, subsumible, la conducta analizada en la infracción prevista en el artículo 99 l) LMV.

7.- Y en cuanto a la tercera y última de las infracciones imputadas al actor (el artículo 99 l) LMV por la recepción de financiación con incumplimiento de lo señalado en el artículo 70.3 de la propia Ley), tampoco las alegaciones contenidas en el escrito de demanda pueden desvirtuar el alcance de los hechos imputados y la valoración jurídica de los mismos llevada a cabo por la Administración.

En este caso la Agencia ha recibido financiación en el año 2001 de sociedades de su entorno económico, sin que tales entidades cumplieran los requisitos reglamentariamente establecidos para que la Agencia pueda recibir de ellas financiación. Al respecto la normativa dictada en desarrollo de la Ley del Mercado de Valores es taxativa. Así tanto el Real Decreto 276/1989, sobre Sociedades y Agencias de Valores, vigente hasta el 21 de agosto de 2001, en sus artículos 21 y 22, como asimismo el Real Decreto 867/2001 sobre régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión, vigente a partir de aquella fecha limitan la posibilidad de recibir fondos de personas distintas de las entidades financieras inscritas en la CNMV, Banco de España o Dirección General de Seguros, excepto por concepto de emisión de acciones, financiación subordinada o emisión de valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial.

Y el hecho de que las necesidades financieras en un determinado momento que hubiera podido tener la sociedad se cubran por entidades del mismo grupo empresarial, no puede servir para desvirtuar ni los hechos imputados, ni su valoración jurídica, pues la ayuda financiera se produjo, en todo caso al margen de las entidades financieras autorizadas y sin que se utilizaran los cauces alternativos previstos por la normativa anteriormente citada. La agencia recibió financiación de sociedades de su entorno económico como se desprende inequívocamente de la existencia de diversas cuentas pasivas (por ejemplo, con "E., S.A." y con "C., S.L.") lo que, frente a lo que en la demanda se alega, nada tiene que ver con una posterior ampliación de capital, operación esta que quedó al margen de la actuación sancionadora.

8.- Por lo que se refiere a la invocación del principio de culpabilidad, hemos de recordar, una vez más, que 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 de 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, si no que la comisión de las infracciones administrativas por la que se sanciona al hoy recurrente se imputan al menos a título de culpa o negligencia, como, por lo demás, también la Sala tuviera ocasión de decir en aquella sentencia dictada en el recurso interpuesto por el Consejero-Delegado de la Agencia recurrente.

9.- Queda únicamente por resolver aquí lo relativo a las dos restantes infracciones sancionadas por las resoluciones aquí impugnadas, esto es la infracción grave del artículo 100 t) LMV *"por incumplimiento de normas de conducta al no haber aplicado los procedimientos y controles adecuados para salvaguardar el registro de operaciones"* y, por último, la infracción muy grave del artículo 99 e) de igual Ley, *"por no haber contabilizado operaciones en las que ha mediado"* la hoy actora.

Por lo que se refiere a esta última infracción muy grave imputada a la actora, comencemos, en aras de una mayor claridad, por concretar los hechos que se declaran probados en la resolución impugnada. Al respecto y según se desprende de la relación de Hechos Probados de la Resolución Ministerial impugnada, ha quedado plenamente acreditado que la actora no registró contablemente una parte de los ingresos *"por*

comisiones” generados en las operaciones por ella intermediadas, y ello, por la vía de desviar la facturación y cobro de dichas comisiones a terceras sociedades a ella vinculadas. Tal acreditación viene dada, sin duda, por los siguientes hechos que se detallan en la resolución impugnada:

- Los intermediarios financieros Banque Bruxelles Lambert (BBL), Banco Exterior-Londres, Banque National de París, Banque Paribas y Caja Galicia han manifestado, y acreditado con las correspondientes facturas, haber pagado comisiones, por la realización de operaciones en el mercado de divisas entre los años 1994 y 1999, a “E.D., S.A.” y/o a “E., S.A.”.
- Las operaciones que han dado lugar a las comisiones facturadas y cobradas por “E.D., S.A.” y “E., S.A.” han sido intermediadas por la expedientada –“E., Agencia de Valores”,-y así aparecen en el listado de operaciones que, a partir de las boletas físicas de las mismas, ha sido elaborado “ad hoc” por la Agencia, a requerimiento de la CNMV, para los años 1996 a 1999.
- La Agencia ha manifestado de forma reiterada que en las operaciones realizadas para los intermediarios financieros anteriormente mencionados no les ha cobrado a los mismos comisión alguna por tratarse de operaciones contratadas a través del corresponsal Martin Brokers PLC, que era el que cobraba la comisión a dichos intermediarios, pero ha quedado acreditado que dicha afirmación es manifiestamente falsa, por cuanto:

a) Requerido Martin Brokers PLC acerca de una selección de las operaciones de dichos intermediarios financieros en la que –según la Agencia- ha actuado como corresponsal, (en concreto la selección se ha referido a las operaciones del mes de marzo de 1998), el citado broker ha negado su intervención en dichas operaciones.

b) Los intermediarios financieros manifiestan y acreditan el pago de las comisiones correspondientes a todas las operaciones de los años 1996 a 1999, que según la Agencia han sido intervenidas por Martin Brokers, a dos sociedades vinculadas a la Agencia y nunca a Martin Brokers.

c) En la documentación contable de “E.D., S.A.”, y “E., S.A.” facilitada por la Agencia y correspondiente a los años 1997 y 1998 se ha podido comprobar el registro de las citadas comisiones.

Ante la contundencia de tales hechos, en ningún momento desvirtuados ni por las alegaciones ni por las pruebas aportadas por la actora que, en definitiva, en ningún momento niega que se ocultaron comisiones cobradas por operaciones en las que medió, la conducta relatada resulta constitutiva de una infracción muy grave del artículo 99 e) LMV que tipifica como tal, en relación con las empresas de servicios de inversión, “*el carecer las sociedades citadas... de la contabilidad y registros legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad... o no contabilizar las operaciones que realicen o en que medien*”.

Y es que, en definitiva, la falta de contabilización de una parte cuando menos de las comisiones cobradas por operaciones en las que la actora medió efectivamente, constituye, sin asomo de duda, un defecto de contabilización de las operaciones realizadas a los efectos del transcrito precepto de la Ley del Mercado de Valores, toda vez

que resulta elemento esencial de la operación realizada la comisión cobrada al cliente, lo que, además, implica una irregularidad esencial en la contabilidad que impide conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de la entidad o del grupo a que la misma pertenece que es a lo que se refiere el tipo de la infracción sancionada con arreglo al artículo 99 e) LMV.

De ahí que también deba ser desestimado el recurso en cuanto a este otro extremo se refiere.

10.- Igual suerte desestimatoria ha de merecer el último de los motivos de recurso en relación con la última de las infracciones que se imputan a la recurrente, esto es en relación con la infracción grave del artículo 100 t) de la Ley 24/1988, por incumplimiento de normas de conducta al no haber aplicado los procedimientos y controles adecuados para salvar el registro de operaciones.

La demandante que comenzó alegando que dicho incumplimiento de normas de conducta no constituía una conducta típica, por no ser el manual de procedimiento una norma de disciplina y ordenación, añade en la demanda que la indisposición inmediata del registro de operaciones estaba justificada por un robo que, dice, haberse perpetrado en todo el edificio.

Pero tampoco tales alegatos pueden enervar la infracción que efectivamente se cometió al no haberse atendido la hoy actora a las normas de actuación en los mercados de valores y registro obligatorios contenidas en el Anexo del Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo y en la Circular 3/1993, sobre Registro de Operaciones y Archivo de Justificantes de Órdenes, que entre las normas de conducta impuestas a las empresas de servicios de inversión recogen la de establecer los procedimientos y controles adecuados para garantizar la salvaguarda del registro de operaciones. En concreto, se pudo comprobar en el curso de la investigación que la actora no disponía de copias de seguridad de la información contenida en los sistemas informáticos, especialmente de aquellos programas que contenían información relevante para el funcionamiento de la Agencia, ni tampoco se disponía del archivo de las copias de seguridad pertinentes situado en una caja fuerte fuera de las oficinas de la Agencia, dado que las copias se encontraban en sus propias oficinas y no fuera de ella con arreglo a dicho Manual de Procedimientos que, por lo demás, la actora en ningún momento acredita que se hubiera visto afectado por el robo que dice perpetrado en el edificio donde la Agencia se ubicaba.

11.- De todo lo anterior deriva la desestimación del presente recurso con la paralela confirmación de las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad "E., AGENCIA DE VALORES, S.A.", contra las dos resoluciones adoptadas, la primera de ellas, por el Ministro de Economía y Vicepresidente Primero del Gobierno, con fecha 18 de diciembre de 2003, por la que se desestima el recurso de alzada contra el acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de julio de 2003, y por el propio Ministro, la segunda, de fecha 19 de diciembre de 2003, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar las resoluciones impugnadas por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.