

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE ABRIL DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 55/96
Ponente: Dª Mercedes Pedraz Calvo
Acto recurrido: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de noviembre de 1995
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 19 de Abril de 1.999

VISTOS los autos del recurso contencioso-administrativo num. 55/96 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Doña C. Z. L. en nombre y representación de "H. M. E., S.L." y Don J. M. I. R. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el 17 de Noviembre de 1995 en materia relativa a expediente sancionador por infracción de la Ley 24/88, con una cuantía de 305 millones de pesetas para la mercantil y diez millones de pesetas para Don J. M. I. R.. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 29-I-1996 dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito de 31-VII-96 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor terminó suplicando se dicte sentencia declarando *"que mi representada la sociedad "H. M. E., S.L." y su administrador único Don J. M. I. R. no han cometido la infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/88 en relación con la letra a) del artículo 71 del mismo texto legal, que anule la Orden Ministerial de fecha 22 de noviembre de 1995 por la que se imponen a "H. M. E., S.L." y a su administrador las multas de 305.000.000 y 10.000.000 de pts respectivamente, y que se declare que la actividad desarrollada por mis representados no infringe el art. 71 de la Ley del Mercado de Valores"*.

TERCERO.- Dado traslado al Abogado del Estado, este contestó a la demanda para oponerse a la misma y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

QUINTO.- Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 9 de Febrero de 1999, suspendiéndose el señalamiento a fin de oír a las partes sobre las posibles repercusiones que hubiera introducido en el recurso la Ley 37/98 y la Ley 50/98.

SÉPTIMO.- Una vez presentadas las correspondientes alegaciones por ambas partes, tuvo lugar un nuevo señalamiento para el 13 de Abril de 1999 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada el día 17 de Noviembre de 1995 por el Ministro de Economía y Hacienda en el expediente sancionador incoado a la entidad "H. M. E., S.L." y a su administrador único Don J. L. I. R., hoy actores, en virtud del Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 15 de Febrero de 1995, en virtud de lo dispuesto en el art. 9 del R.D. 2119/93 de 3 de diciembre sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros. La Orden Ministerial objeto del presente recurso acuerda: *"Imponer a "H. M. E., S.L." por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/88 en relación con la letra a) del artículo 71 del mismo texto legal, una multa de 305.000.000 de pesetas (TRESCIENTOS CINCO MILLONES DE PESETAS). Imponer a Don J. M. I. R., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/88, en relación con la letra a) del artículo 71 del mismo texto legal, una multa de 10.000.000 de pesetas (DIEZ MILLONES DE PESETAS)".*

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso y que se declaran probados son los siguientes: "H. M. E., S.L." es una sociedad constituida en Madrid el 8-X-92, siendo titulares de su capital social Don J. B. (el 40%) Don V. N. D. (el 40%) y Don J. M. I. R. (el 20%), los dos primeros de nacionalidad alemana y el tercero, de nacionalidad española, administrador único de la sociedad.

H. R. V. B., G. M.B.H. (en adelante, H. A.) es una sociedad alemana radicada en Hamburgo de la que son titulares del 80% del capital social los mismos súbditos alemanes titulares del 80% del capital social de "H. M. E., S.L."

"H. M. E., S.L." se dedicaba a captar clientes que transmitiesen a H. A. órdenes relativas a la adquisición de opciones sobre materias primas admitidas a negociación en mercados extranjeros, fundamentalmente el mercado de futuros de Chicago.

Una vez captado el cliente, "H. M. E., S.L." envía a H. A. los datos del mismo y la orden y el contenido de la inversión que desea realizar. La sociedad alemana remite al inversor un impreso que hace las funciones de orden escrita denominado *"confirmación de pedido"* rellenado en todos sus términos y firmado. El cliente lo firma en España, lo entrega a "H. M. E., S.L." y esta lo remite a H. A.; los fondos a invertir se ingresan por el cliente en la cuenta de no-residentes que la empresa alemana tiene abierta en España, de la que son apoderados los socios alemanes titulares del 80% del capital social de ambas mercantiles ("H. M. E., S.L." y H. A.).

Una vez ejecutada supuestamente la orden, H. A. remite al cliente un impreso, denominado "*confirmación de colocación*" que pretende ser el documento acreditativo de la adquisición de opciones sobre materias primas, y en el que se desglosa la suma invertida ("*prima colocada*") y la comisión percibida ("*alza*").

"H. M. E., S.L." factura honorarios a H. A. en función de los importes captados, cargando la suma correspondiente en la cuenta de esta última. En 1994 se recibieron en la cuenta bancaria 506 millones de pesetas, que serían los captados a los clientes, ingresando a su vez de esta suma "H. M. E., S.L." en su propia cuenta 219 millones de pesetas.

TERCERO.- Los hechos descritos y declarados probados son legalmente constitutivos de la infracción prevista y tipificada en el art. 99 letra q) en relación con el art. 71 letra a) de la Ley 24/88, a cuyo tenor es infracción muy grave "*...el ejercicio o realización habitual de las actividades u operaciones comprendidas en el art. 71 de esta Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto*", disponiendo el art. 71 a) que solo las Sociedades de Valores podrán desarrollar las siguientes actividades "*... 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*".

La empresa actora sostiene que la actividad que desarrolla se limita a realizar "*una labor de marketing telefónico de estudios de mercado y de asesoramiento en materia de inversiones en opciones y futuros*", y que esta es una actividad libre, no sujeta a requisito alguno. Alega que su actividad se encuentra entre las que el art. 77 de la Ley 24/88 (de asesoramiento a terceros y de difusión de información en materias relacionadas con el Mercado de Valores) exime de autorización previa.

CUARTO.- Del examen del expediente administrativo resulta, sin lugar a dudas, que se ha practicado prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia que en el procedimiento administrativo sancionador ampara al expedientado. Como resalta el Abogado del Estado, ya en su primera declaración el hoy actor reconoce que la actividad exclusiva suya y de "H. M. E., S.L." es captar clientes para H. A., recibiendo por ello comisiones cuando se concluya un contrato, es decir, no por la mera actividad de "marketing" sino por lograr la firma de ordenes de inversión. La propia documentación preparada por la empresa para sus clientes, pone de manifiesto exteriormente lo que la composición accionarial revela: que ambas mercantiles, la española y la alemana constituyen una unidad empresarial. Finalmente, la actora niega que las sumas que en los periodos relevantes ingresó en sus cuentas fueran cobradas en concepto de comisiones, sino como pago por el marketing. Una simple operación matemática pone de manifiesto la correlación entre las comisiones cobradas por H. A. a los inversores y las sumas ingresadas posteriormente por H. A. a "H. M. E., S.L.", que son coincidentes, poniendo de manifiesto que "H. M. E., S.L." finalmente cobraba el "Alza" cargada al cliente en cada contrato.

QUINTO.- Una vez determinado que los hechos son legalmente constitutivos de la infracción por la que se imponen las sanciones en preciso examinar si las modificaciones

introducidas en la Ley 24/88 por la Ley 37/98 y la Ley 50/98, tienen alguna consecuencia en este recurso.

Oídas las partes, la actora manifestó que a su juicio al haber quedado sin contenido el texto del art. 71 de la Ley 24/88 no procede mantener la sanción. Por su parte el Abogado del Estado mantiene que la infracción cometida y sancionada no se ve afectada por las modificaciones introducidas en la Ley 37/98 y en la Ley 50/98 porque la actividad reservada antes de la reforma a las Sociedades y Agencias de Valores, y después de ella a las empresas de servicios de inversión (concepto que incluye a las Sociedades y Agencias de Valores) es la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, que aparecía en el art. 71 de la Ley 24/88 y se mantiene en la actual redacción del art. 63.1 a).

Esta Sala llega a la misma conclusión que expone el representante de la Administración: la Ley 37/98 modificó el Título V de la Ley 24/98 que pasa a denominarse "*Empresas de servicios de inversión*", siendo tales empresas, según el art. 64, las sociedades de valores, las agencias de valores, y las sociedades gestoras de carteras. Las empresas de servicios de inversión tienen encomendada la realización de los servicios de inversión y las actividades complementarias (art. 62.2), unos y otras detallados en el art. 63 encabezado por "*la recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros*". Y al tiempo, el art. 67 limita sus posibles actividades al establecer en el pfo.2,a) como requisitos para obtener la autorización administrativa el que la empresa de servicios de inversión "*tenga por objeto social exclusivo la realización de las actividades que sean propias de las empresas de servicios de inversión según esta Ley*".

Finalmente, el art. 99 letra q) queda redactado tras la nueva reforma que introduce la Ley 50/98, en los siguientes términos: "*... el incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los arts. 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 art. 65*".

De lo expuesto resulta que, tras la reforma, comete la infracción del art. 99 q) toda persona física o jurídica que no es "*empresa de servicios de inversión*" con todos los requisitos establecidos por la Ley, y realiza alguna o algunas de las actividades que quedan reservadas a estas. En las fechas en que se cometieron las infracciones litigiosas, el sujeto estaba restringido a la realización habitual de las actividades reservadas por la Ley a las Agencias y Sociedades de Valores. El tipo infractor permanece invariable, la realización de actividades cuyo ejercicio ha reservado la Ley a determinadas empresas, no siendo la actora una de ellas.

En resumen: no se ha producido la destipificación que señala la actora, y los hechos declarados probados constituyen una infracción grave tanto en aplicación de la Ley 24/88 en su redacción vigente en las fechas de comisión de la misma, como en aplicación de las reformas introducidas con posterioridad.

SEXTO.- 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 éste 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: *"la presente Ley tiene por objeto la regulación de los mercados..."* 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 C.N.M.V., 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 omnicomprensiva, se incluye una mención *"residual"* en el apartado 2 letra c) *"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. M. E., S.L." 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. M. E., S.L." 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.

SÉPTIMO.- No se aprecian motivos que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional justifiquen la condena al pago de las costas.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de H. M. E., S.L. y Don J. M. I. R. contra la Orden dictada el día 17 de Noviembre de 1.995 por el Ministro de Economía y Hacienda, 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.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.