

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE JUNIO DE 1998¹

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 32/1995
Ponente: D. Manuel García Fernández-Lomana
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 31 de octubre de 1994.
Fallo: Estimatorio

¹ Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2003.

En Madrid, a uno de junio de mil novecientos noventa y ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el núm 06/0000032/1995 se tramita a instancia de "P.A.,GMBH", representada y asistida por el letrado Don E.T.D, contra la Orden Ministerial de fecha 31 de octubre de 1994, dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que se dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Por Auto de 15 de diciembre de 1995, la Sala acordó no haber lugar a recibir el procedimiento a prueba. Se dió traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, evacuándose este trámite en sendos escritos en los que las mismas realizaron las manifestaciones que estimaron pertinentes.

CUARTO.- Con fecha 29 de abril de 1998 se celebró el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Ilmo. Sr. D. MANUEL GARCIA FERNANDEZ-LOMANA.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Al amparo del art 110.3 de la Ley 30/1992, sostiene el Sr. Abogado del Estado que se ha omitido el requisito de comunicación previa de interposición de este recurso al

órgano administrativo, y que en consecuencia, procede la subsanación del defecto, "mediante la presentación de dicha comunicación previa a la interposición del recurso y, si la misma no existiese, el archivo de las actuaciones". Pues añade el representante de la administración que entiende que "tan solo tiene carácter subsanable la falta de presentación del documento y no el requisito de la comunicación previa".

En opinión de la Sala el argumento no puede acogerse. En efecto, conforme al art 110.3 de la L.R.J.A.P y P.A.C. *"la interposición de recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado"*. Centrándonos en lo que aquí interesa, pues no se discute que tal omisión, que en el caso de autos se produce, sea subsanable; la STS (3ª) de 17 de mayo de 1996, poniendo en relación el citado precepto con la nueva redacción del art 57.2 de la LJCA, razona que *"(...) la subsanación de la falta de cumplimiento de este requisito procesal impone admitir una comunicación presentada al órgano administrativo con posterioridad a la iniciación del recurso contencioso-administrativo, con la finalidad de corregir el defecto advertido, pues de otro modo la subsanación resultaría en la mayoría de los casos imposible (...)"* (en el mismo sentido la STS (3ª) de 17 de septiembre de 1996). Es claro, por lo tanto, que en contra de lo razonado por el Sr. Abogado del Estado, si resulta posible aportar la comunicación con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo. La Sala, sin embargo, va más lejos, y sostiene que siendo sin duda cierto que se omitió tal comunicación; y que la Sala no concedió plazo para la subsanación; la solicitud del expediente al órgano administrativo, subsana la omisión en la comunicación pues desde su recepción el órgano administrativo conoce la existencia del recurso por expresa comunicación de la Sala, careciendo de sentido exigir al recurrente que ponga en conocimiento del órgano administrativo la existencia de un recurso que ya conoce.

SEGUNDO.- Con fecha 31 de octubre de 1994, el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, dictó Orden Ministerial por la que se resolvía el expediente sancionador, seguido ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, contra la empresa "P.A., GMBH". Resolución que impuso a la empresa, una sanción de 70.075.831 pts. Los hechos que motivaron la sanción, y que la Sala considera probados, tras analizar el expediente, son, en esencia, los siguientes:

1.- La entidad "P.A., GMBH", es una sociedad alemana de responsabilidad limitada, constituida el 4 de enero de 1989 e inscrita en el Registro oficial de Hamburgo (Alemania) el 9 de marzo de 1989. Siendo su único gerente Don H.P. Entidad que para operar en el mercado de futuros, y conforme a la normativa alemana, no está sujeta a específica regulación y supervisión -folios 152 y 153 del expediente-.

2.- El objeto social de la entidad es "la indicación y mediación de inversiones de capital de todo tipo, en especial, también de inmuebles en el interior del país y en el extranjero, además del asesoramiento. Están excluidas las actividades prohibidas sujetas a autorización".

3.- El 13 de mayo de 1992, la citada entidad, decidió abrir una sucursal en España, y así se hizo mediante la oportuna escritura pública, en la indicada fecha. Haciéndose constar que la

entidad se dedicaría al "asesoramiento y mediación de inversiones de todo tipo, especialmente de inmuebles".

4.- La actividad descrita se concretó en lo siguiente:

La sucursal se dirigía a potenciales clientes, previa selección con arreglo a diversos criterios, explicándoles en que consiste el mercado de futuros en EEUU. Si mostraban interés se les mandaba el folleto con información que obra a los folios 4 y sigs del expediente. Transcurrido un tiempo, la sucursal volvía a llamar al potencial cliente, y si estos mostraban interés se les remitía un "contrato de apertura de cuenta" suscrito entre el cliente y la matriz alemana.

Cuando surge una operación interesante, a juicio de la matriz alemana, esta se dirige a la sucursal y esta última a su vez a los clientes, informándoles sobre la operación. En caso de interesarse el cliente, rellena un formulario denominado "orden de autorización", firmado por el cliente y dirigido a la matriz alemana; el cual es remitido a la sucursal, quien a su vez lo remite a Alemania. Por último la matriz alemana, transmite la orden al broker americano que opera en el mercado de futuros de Chicago -EEUU-; a saber Linnco Futures Group, INC.

El dinero correspondiente a las inversiones ordenadas por los clientes, es ingresado en unas cuentas corrientes a nombre de la sucursal. Del dinero recibido "P.A., GMBH" factura y retiene su comisión de un 15% del capital invertido, tal y como se establece en el contrato, contabilizándose como ingreso en los estados de la sucursal en España, y el resto -el 85%- se transfiere por la sucursal a la cuenta que Linnco Futures Group, INC, posee en el Harris Trust and Saving Bank de Chicago. Dichas transferencias son para su inversión por el broker en los mercados americanos de "P.A., GMBH", quien mantiene una cuenta ómnibus con él. "P.A., GMBH", cobra 150\$ para gastos, por cada contrato, cifra que incluye los gastos del broker.

Cada catorce días después, la matriz alemana, remite a los clientes un extracto de las operaciones realizadas. Cuando el cliente desinvierte, cancelando la cuenta, si esta arroja beneficios, la matriz cobra un 20% sobre ese beneficio, cantidad que es retenida por la sucursal y contabilizada como préstamo de la matriz y beneficio para esta. Si algún cliente solicita el reembolso de su inversión, la sucursal remite la solicitud a la matriz alemana, para que ésta ordene al broker la devolución del dinero. Dicho dinero se envía a la cuenta de la sucursal en España y esta se lo devuelve al cliente.

5.- En abril de 1994, la sucursal había captado alrededor de 100 clientes; con un volumen de inversión de 444 millones de pts y percibiéndose unas comisiones de 70.075.831 pts.

6.- Efectuada inspección, por la Inspección de Tributos del Estado, resultó que la sucursal española, tuvo una base imponible para el ejercicio de 1993 de -26.712.601 pts; y para 1992 de -17.587.208 pts.

TERCERO.- El recurrente basa su recurso en los siguientes argumentos:

1.- En primer lugar sostiene el recurrente que no está dentro del campo de aplicación de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, pues las operaciones de "emisión, negociación, o comercialización" no se realizan en España.

2.- En segundo lugar, sostiene que se ha incumplido con lo previsto en el art 6 del RD 2119/1993 de 3 de diciembre, pues no se hace referencia en el pliego a las diligencias practicadas; ni se concretan los hechos imputados a cada responsable, ni se produce una tipificación precisa.

3.- En tercer lugar, que en todo caso la actividad realizada, sería subsumible en el art 77 de la Ley y nunca en el art 71 como la Administración pretende.

4.- En cuarto lugar, y por último, se sostiene que la expresión "beneficio bruto" del art 102.a) de la Ley del Mercado de Valores, debe entenderse, como la cantidad resultante tras la detracción de todos los gastos de la entidad, y siendo el resultado económico negativo, solo es posible imponer una sanción equivalente al 5% de los recursos propios.

CUARTO.- La lógica impone analizar los argumentos vertidos por el orden expuesto, pues de prosperar el primero de ellos, es evidente que sobra el análisis de los restantes. En concreto, la cuestión litigiosa, puede resumirse del siguiente modo:

La entidad recurrente ha sido sancionada en aplicación de lo dispuesto en el art 99.q) de la Ley del Mercado de Valores, a cuyo tenor es infracción muy grave, el siguiente acto "*..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 transmitirlos para su ejecución a otras entidades habilitadas a este fin*". Conjugando estos dos preceptos, y poniendo los mismos en relación con el art 76, entiende la Administración, que la entidad recurrente, está operando en el mercado sin autorización, y que por lo tanto, debe ser sancionada. Pues, en opinión de la Administración, en la medida en que la entidad demandada, ha desplegado su actividad en España, le es aplicable la legislación española; y en España, la actividad desarrollada por la citada empresa, no es libre, requiriéndose la oportuna autorización para realizarla.

Entiende la Sala que conforme se infiere del art 3 de la Ley de Mercado de Valores, la citada Ley se extiende a "*todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en territorio nacional*"; rigiendo, por lo tanto, con claridad, un principio de territorialidad en la aplicación de la Ley. Ahora bien, como se encarga de resaltar el art 1, la Ley tiene como 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*". Poniendo en relación ambos preceptos, resulta que la Ley pretende regular la emisión, negociación o comercialización de valores en los mercados primarios y secundarios del territorio nacional.

Siendo necesario, para intervenir en dichos mercados, sin perjuicio de las excepciones que puntualmente establece la Ley, ser una Sociedad de Valores debidamente autorizada, ya sea para *"recibir órdenes de inversores, nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción o negociación de cualesquiera valores, nacionales o extranjeros, y ejecutarlas, si están autorizados para ello"*; ya sea para *"transmitirlas para su ejecución a otras entidades habilitadas a este fin"*. Reglas, que con modulaciones que no afectan a la solución del caso, rigen para el mercado de futuros y opciones, regulado en el RD 1814/1991 de 20 de diciembre, ya que en su art 15.2 se establece un principio de reserva a favor de las Sociedades o Agencias de Valores para la intervención en tales mercados. Ahora bien, la empresa sancionada, en ningún caso ha intervenido, ni directa, ni indirectamente, en mercados oficiales de futuros y opciones, ni en mercados de valores primarios o secundarios, ubicados en territorio nacional. Lo que implica, a juicio de la Sala, que 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 que fija el art 13 de la Ley. Lo anterior, supone la estimación del primer argumento del recurrente, y por añadidura la revocación de la sanción impuesta; sin que, como se razonó, sea preciso detenerse en los demás argumentos del recurrente.

QUINTO.- Por aplicación de lo establecido en los arts 81.2 y 131 de la LJCA no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

ESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "P.A., GMBH" contra la Orden Ministerial del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, notificada al recurrente por la Comisión Nacional del Mercado de Valores mediante comunicación fechada el 8 de noviembre de 1994, a que las presentes actuaciones se contraen, y anular dicha Resolución por ser contraria a Derecho, dejando sin efecto la sanción impuesta.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra ella cabe interponer el recurso de casación establecido en el art 93 de la LJCA, dentro del plazo de DIEZ DIAS, computados desde el día siguiente a la notificación, que se presentará ante esta Sala, por medio de escrito con los requisitos del número primero del arts 96 de dicha Ley, para ante la de lo contencioso del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto al expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.