

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE JUNIO DE 2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 107/04
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 tres 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 107/2004, se tramita a instancia de Don O.R.G., representado por el Procurador Don F.M.S., contra resolución del Ministerio de Economía de fecha 18 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 mimo 18.000 Euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso, en fecha 8 de marzo 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: *“Que, con devolución del expediente administrativo, se tenga por presentado este escrito y por formulada la Demanda en el procedimiento judicial que nos ocupa, de manera que, previos los trámites legales de rigor, entre los que interesa conclusiones escritas, se dicte Sentencia en la que se declare la falta de conformidad a Derecho de las Resoluciones administrativas impugnadas, con la subsiguiente anulación de las mismas”*.

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, mediante providencia de 22 de febrero de 2005, se señaló para votación y fallo el día 24 de mayo 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 ha sido Ponente la Ilma. 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 Don O.R.G. –ahora recurrente- contra resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 14 de julio de 2003, por la que se impuso a dicho recurrente una sanción del siguiente tenor:

“Imponer a Don O.R.G., como Consejero Delegado de “E., AGENCIA DE VALORES, S.A.”, 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 autorizado, sanción consistente en multa por importe de 3.300 euros (TRES MIL TRESCIENTOS EUROS)”.

Y, acumuladamente, se impugna una segunda resolución adoptada también por el Ministro de Economía, en fecha 19 de diciembre de 2003, por la que se acuerda imponer al propio recurrente las siguientes sanciones:

“Imponer a Don O.R.G., como Consejero Delegado de “E., AGENCIA DE VALORES, S.A.”:

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.l) de la Ley 24/1998, 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 8.100.- euros (OCHO MIL CIEN EUROS).

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.l) de la Ley 24/1998, de 24 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 6.600.-euros (SEIS MIL SEISCIENTOS EUROS).”

2.- Son, pues, tres las infracciones que se imputan al recurrente y que correlativamente se sancionan en las resoluciones objeto de la actual impugnación; y ello en virtud de sus funciones ejecutivas en “E., Agencia de Valores, S.A.”, atribuidas en virtud de la Junta General de dicha sociedad de fecha 18 de junio de 2001.

Para el debido enjuiciamiento del litigio es necesario poner de relieve los siguientes hechos que se declaran probados en las resoluciones impugnadas y que en absoluto han sido desvirtuados por la parte actora:

1º) En la primera de las resoluciones impugnadas se imputa a la recurrente la infracción grave del art. 100 o) de la L.M.V., por la concesión ocasional de créditos o préstamos, actividad para la que la Agencia no está autorizada.

2º) En relación con las infracciones muy graves, y respecto de la primera de ellas, que los valores extranjeros de clientes, a la fecha de referencia de la visita, se encuentran

depositados en SANTANDER CENTRAL HISPANO INVESTMENT, S.A., y HORNBLLOWER AND FISCHER AG mediante la utilización de "cuentas ómnibus". De los certificados emitidos por los citados depositarios se desprende que las cuentas aparecen a nombre de la propia Agencia, no reflejando expresamente el carácter de cuenta de terceros. Adicionalmente, en relación con las citadas cuentas no se ha recabado del cliente la preceptiva y previa autorización escrita, ni consta que se le haya informado sobre los riesgos que comporta y sobre la calidad crediticia del depositario.

3º) Y en relación con las tercera de las infracciones, que la Agencia ha recibido financiación de sociedades de su entorno económico, según se desprende de la existencia de cuentas pasivas con las mismas. En este sentido cabe señalar las siguientes:

- Cuentas pasivas con "E., S.A.": En el periodo enero-agosto de 2001, la Agencia ha recibido fondos de "E., S.A." por importe de 43.000.000 de pesetas. La Agencia mantiene una cuenta a pagar a "E." por importe de 1.115.968 pesetas; en esa misma cuenta se registran los gastos de teléfono y telex que la Agencia paga por cuenta de "E., S.A."
- Cuentas pasivas con "C., S.L.": La Agencia ha recibido el 1 de julio de 2001 un préstamo de "C." por importe de 23.312.878 pesetas y vencimiento 1 de diciembre de 2001, aunque finalmente fue liquidado a "E., S.A." el 7 de agosto de 2001. Por otra parte mientras que la Agencia no mantiene saldos a cobrar ni a pagar a "C." ésta si tiene registrado un saldo a cobrar a la Agencia por importe de 6.000.000 de pesetas originado por préstamos recibidos en febrero y marzo de 2001.

3.- El recurrente no cuestiona propiamente los hechos que se declaran probados, discrepa en cambio de su imputación insistiendo, fundamentalmente, en que sólo ostentaba la condición de Consejero Delegado de la Agencia de Valores a partir de 18 de junio de 2001, siendo así que la totalidad de las conductas imputadas tienen "su origen" en periodos anteriores. Manifiesta, asimismo, que las denuncias que dieron origen al procedimiento sancionador no son tales, pues la primera no fue ratificada por su autor y la segunda se trata de un anónimo. A continuación, denuncia la incompetencia del órgano que llevó a cabo las actuaciones previas sin que haya existido un acuerdo expreso de apertura de tales actuaciones. A lo que añade la alegación de falta de objetividad e imparcialidad de la supervisión así como la falta de intencionalidad o reiteración, con expresa invocación del principio de culpabilidad así como, finalmente, el principio de proporcionalidad de las sanciones.

El Abogado del Estado manifiesta su oposición a los fundamentos de la demanda y, tras rechazar las infracciones formales que se denuncian así como la alegada indefensión, considera inequívocamente cometidas tanto la infracción relativa a las denominadas "cuentas ómnibus" como la que se refiere a la imputación y sanción por el hecho de haber recibido financiación sin los requisitos establecidos por la normativa dictada en desarrollo de la Ley del Mercado de Valores; rechazando también las alegaciones relativas a la sanción impuesta por no haber contabilizado determinados ingresos, en concepto de comisiones, correspondientes a operaciones en las que la Agencia había mediado. Finalmente, destaca, por lo que se refiere a las alegaciones relativas a la

improcedencia de imputación de responsabilidad a título personal al recurrente, señalando que se le sanciona únicamente por aquellas infracciones que se producen después de su nombramiento como Consejero–Delegado solidario de la entidad considerada, y, de otra parte, en cuanto que se trataba del primer ejecutivo de la Compañía se le imputa responsabilidad por aquellas infracciones relacionadas con la operativa diaria de la Compañía, que conocía o debía conocer como primer ejecutivo de la misma.

4.- No podemos compartir 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 ninguno de los que la Ley 30/1992 establece como causa de la pretendida nulidad de pleno derecho de los actos administrativos recurridos. En efecto, 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 del 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 convenientes. 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 tiene encomendadas.

5.- Igualmente deben rechazarse las alegaciones relativas a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haber sido sancionado, según el 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.

6.- Por lo que se refiere a las alegaciones específicas efectuadas por el demandante intentando 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 como se pretende por el recurrente) 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.

7.- 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 12ª 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.

8.- 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: 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 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.") que, frente a lo que en la demanda se alega, nada tiene que ver con una posterior ampliación de capital, operación ésta que, obviamente, quedó al margen de la actuación sancionadora.

9.- 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 del 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 en su naturaleza.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala y Sección, (SSAN 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 imputa al menos a título de culpa o negligencia, ya que como Consejero-Delegado solidario de la entidad conocía o debía conocer y, por ende, responde, de las infracciones consideradas.

10.- Finalmente y en relación a la también alegada infracción del principio de proporcionalidad, únicamente añadir que la sanción se impuso tomando en consideración, de acuerdo con el artículo 131 de la Ley 30/1992, las circunstancias concurrentes en el caso de forma individualizada; así el peligro inherente a la mecánica

operativa de las denominadas "cuantas ómnibus", así como la relevancia de la cuantía de la financiación obtenida de las sociedades de su entorno, habiéndose llevado a cabo también en este caso una correcta individualización de las sanciones teniendo en cuenta, de una parte, el período temporal de ejercicio de los cargos correspondientes (en el presente caso, como ya dijimos, a partir del 18 de junio de 2001 por el Señor R.G.) así como, de otra parte, el grado de representación ostentado por cada uno de los miembros del Consejo de Administración (en el presente caso se trata del Consejero Delegado que, efectivamente, lo fue sólo durante dos meses y medio del período considerado a efectos de las infracciones y sanciones analizadas).

Si a lo anterior se une el que las multas han sido impuestas en el tramo más bajo del margen de apreciación con el que cuenta el órgano sancionador, debe concluirse que no ha existido tampoco la vulneración de derechos denunciada.

11.- De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el 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 Don O.R.G., 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, confirmando las resoluciones impugnadas.

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.