

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE ENERO DE 2001

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1547/98
Ponente: D. Fernando Delgado Rodríguez
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de julio de 1998
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a dieciocho de enero de dos mil uno.

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 06/1547/1998, se tramita a instancia de D.F., S.L., D.D., S.L., Doña A.H. y Don J.B.P.S., representados por el Procurador Don J.A.G.S.M.O., con asistencia, Letrada, contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 27 de Julio de 1.998, sobre Expediente Disciplinario, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 142.498.510,-pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por D.F., S.L., D.D., S.L., Doña A.H. Y Don J.B.P.S., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 27 de Julio de 1.998, solicitando a la Sala anule el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo 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 del 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.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 7 de Mayo de 1999 con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 10 de Enero de 2001.

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se recurre la Orden Ministerial de Economía y Hacienda de 27 de Julio de 1.998, en que se resolvió el expediente sancionador incoado a D.F., S.L. D.D., S.L., y sus respectivos administradores, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99, en relación con las letras a) y j) del artículo 71, ambos de la ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores sancionando con multa a la primera empresa de 66.379.510 pesetas, y a su Administrador Único con multa de 25.000.000 pesetas, y a la segunda empresa de 1.119.000 pesetas, y a la Administradora Única de D.F., S.L. y de D.D., S.L. una multa de 50.000.000 pesetas.

SEGUNDO.- En la demanda con carácter previo al fondo del asunto se alegan dos excepciones procesales enlazadas: Inadecuación y caducidad del procedimiento por entender la parte recurrente que su intervención de asesoramiento en el asunto impide que se la aplique la normativa específica del mercado de valores, debiendo ser regulada su actuación por normas administrativas ordinarias, y en consecuencia el expediente administrativo no correspondía a la CNMV y había caducado por transcurrir más de seis meses entre la notificación de su inicio y la de su conclusión.

Aunque el objeto social de ambas empresas sea *"el asesoramiento en inversiones financieras de todo tipo dirigido tanto a personas físicas como jurídicas, tanto en los mercados nacionales como en los extranjeros, respecto de toda clase de productos financieros, depósitos, bonos, acciones, derivados sobre materias primas, divisas, así como cualquier clase de asesoramiento mercantil"*. Lo cierto es que según la documental del expediente, la primera sociedad recurrente inicia su actividad a principios de 1.995 captando clientes interesados en invertir en valores por medio del supuesto broker suizo B.S., S.A., y que recibían un contrato denominado de *"asesoramiento"* por tiempo indefinido donde se fijaba una retribución en favor de dicha recurrente del 6% del monto de la inversión, con un documento B.S., S.A., sin firmar y traducido al español, *"acuerdo con el cliente"*, *"condiciones generales de contratación"*, *"contrato de administración de cuenta"* y *"declaración de riesgo"*, y con el modelo de transferencia bancaria que debía de realizarse a una cuenta abierta a nombre de la entidad suiza en U.B.S..

Tales inversiones no pudieron recuperarse ya que, según dicha recurrente tal broker fue investigado por un Juzgado de Instrucción de Ginebra por presunta malversación por parte de sus administradores del capital colocado por varios clientes, entre los que, al parecer, se encontraban los propios clientes de dicha recurrente, siendo uno de sus administradores detenido y encontrándose la entidad en estado de quiebra. Y desde el último trimestre de 1.995 dicha recurrente comenzó a captar clientes para U.C.L..

Esta captación de clientela en España consiste en la realización de actuaciones comerciales, tendentes a conseguir que las personas captadas realicen operaciones relativas a la adquisición de mercaderías, metales, valores, moneda, futuros financieros, opciones, sean

sobre valores, libras esterlinas u otra moneda, cualquier metal o género (commodity), contratos de futura entrega o sobre cualquier opción y contratos de diferenciados. A cambio de la comisión que cobra la recurrente a los clientes oscila entre el 5% y el 8% de las cantidades entregadas por éstos para ser invertidas.

Esta operativa es similar en el caso de la segunda empresa recurrente y por lo tanto ambos están incursas, en la regulación de los arts. 71 a) y j), y 76 de la LMV; en relación con su art. 99 q), como excepción la regla general de reserva a Sociedades y Agencias de Valores.

Por lo tanto el procedimiento administrativo ha sido adecuado y no concurre caducidad porque el plazo de la LMV es superior al semestre pretendido en la demanda, por aplicación de su art. 98, en referencia al los arts.: 7 y 19 de la Ley 26/88, y 2 nº 1 inciso primero del R.D. 2.119/93, de 3 de Diciembre, cuyo plazo de tramitación y resolución es de una año; siendo de preferente eficacia jurídica por razón de la especialidad de la materia al art. 20.6, del R.D., 1398/93, de carácter general y con eficacia subsidiaria respecto del anterior, que es de fecha más tardía sin que se haya producido infracción del art. 62 e) de la Ley 30/92, ni del art. 2 del R.D. 2.119/93, en relación con el R.D. 1398/93 y el art. 43 nº 4 de la Ley 30/92.

TERCERO.- En cuanto al fondo del asunto la resolución recurrida está suficientemente motivada, no transgrediendo los arts. 138 de la Ley 30/92, en relación a su art. 54, ni el 20 nº 2 del Reglamento aprobado por el R.D. 1398/93. Y tampoco vulnera los principios inspiradores del procedimiento sancionador, habiendo respetado los arts. 112, 129, 130 y 142 de la Ley 30/92, y 9 y 103 de la Constitución, la CNMV al instruir y tramitar el expediente administrativo, sin infringir los principios de legalidad y tipicidad, puesto que no siendo de recibo por la Sala los alegatos de la demanda sobre inexistencia de tipicidad en la conducta desarrollada por los recurrentes e investigada eficazmente por la C.N.M.V., porque, no es cierto, que la actividad en España de los recurrentes se limite al asesoramiento a terceros y a la difusión de información sobre materias relacionadas con los mercados de valores, porque su interés económico fue obtener, para las entidades que representan, órdenes de compraventa sobre determinados valores que serán recepcionadas por tales entidades extranjeras, a cambio de las oportunas comisiones.

La prueba documental practicada en autos no enerva los hechos probados de la resolución recurrida, porque las circunstancias expuestas en los razonamientos jurídicos de la misma quedaron concretadas en el expediente administrativo, mediante la facturación de la sociedades implicadas y por lo tanto las características que conforman la infracción administrativa objeto del litigio fueron debidamente acreditadas sin vulneración del principio de presunción de inocencia, y con pleno respeto de las garantías constitucionales a un procedimiento administrativo legalmente tramitado y resuelto.

CUARTO.- La tipificación precisa determinar si en la realización por la parte actora de actividades comprendidas en el artículo 71 de la Ley del Mercado de Valores, sin estar habilitadas al efecto, concurre la circunstancia de la habitualidad que exige la letra q) del artículo 99 del mismo texto legal, según el artículo 10 del Real Decreto 276/89, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores que establece que: "a los efectos de la

prohibición establecida en el párrafo primero del artículo 76 de la Ley de Mercado de Valores, se entenderá que concurre la nota de habitualidad cuando las actividades a que dicho párrafo se refieren vayan acompañadas de actuaciones comerciales, publicitarias o de otro tipo, tendentes a crear relaciones de clientela, o se basen en la utilización de relaciones de clientela o interés de otro origen”.

La Sala llega a la conclusión en este caso que sí concurre habitualidad por la persistencia probada en el expediente de utilizar una estructura organizativa comercial para la captación de clientes en España para las entidades extranjeras para las que trabajaba, como prolongación en territorio nacional de las mismas, a cambio de los ingresos obtenidos por las comisiones cobradas a los clientes. Estas circunstancias determinan la nota de habitualidad que exige la norma. Siendo correcta la tipificación de la conducta de los recurrentes calificables como una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que prevé como tal *“el ejercicio o la realización habitual de las actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de esta Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto”*. Habiéndose acreditado en el expediente administrativo que la primera recurrente captó en España, entre noviembre de 1995 y julio de 1997, 117 clientes, con un volumen de efectivo invertido de 225 millones de pesetas, habiendo percibido, en concepto de comisiones, 13.275.902 pesetas. Y la segunda empresa recurrente consiguió cuatro clientes, con un volumen de efectivo invertido de 3.730.000 pesetas, habiendo cobrado, en concepto de comisiones, 223.800 pesetas.

QUINTO.- El aspecto subjetivo de la culpabilidad concurre también en este caso pues la responsabilidad de los recurrentes por la infracción cometida está prevista en el artículo 102 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores y se basa en la titularidad de la actividad ilícita realizada relacionada con el mercado de valores, según los artículos 84.2 c) y 95 del mismo texto legal.

La graduación sancionadora efectuada, en la Resolución recurrida a juicio de la Sala es excesiva al imponer el máximo de la multa imponible, no concurriendo circunstancias agravatorias ni atenuatorias, por lo que procedería aplicar el grado intermedio a las sociedades implicadas consistiendo el importe para la primera empresa sancionada en 26.551.804 ptas, y para la segunda en 447.600 pts, atendiendo al principio de proporcionalidad en materia sancionadora.

La transparencia y buen funcionamiento de los mercados, así como el riesgo de los inversores son factores ínsitos en la propia naturaleza del régimen sancionador de la LMV, y está presente en todos los tipos de infracción administrativa no pareciendo a la Sala que en este caso haya especial gravedad, distinta de la que la propia Ley de Mercado de Valores le atribuye al calificar la infracción y sancionarla como muy grave como se razona en la resolución recurrida.

Así mismo, respecto a los administradores únicos de tales sociedades consideramos que no está ajustada a Derecho la graduación sancionadora del Sr. P. por idéntica razón a lo expuesto en el anterior párrafo, correspondiéndole con arreglo al art. 105 de la LMV una

multa de la mitad del importe que le fue aplicado en la resolución recurrida. A la segunda administradora entiende la Sala que debe reducirse su sanción a treinta y cinco millones de pesetas, considerando que relevó al anterior desde el 13 de Junio de 1996, en el cargo de administrador en la primera sociedad, y que administró la segunda sociedad desde su inicio, teniendo en cuenta sus antecedentes desfavorables en la CNMV que fueron ponderados en la Resolución recurrida; y reconocidos en la demanda. En su consecuencia, la actuación de esta recurrente reviste mayor gravedad que la del anterior administrador, debiendo graduarse la sanción a partir de las dos terceras partes de la cuantía impuesta en la resolución recurrida.

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

FALLAMOS

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

ESTIMAR en parte el presente recurso contencioso-administrativo revocando las multas impuestas a las empresas D.F., S.L., D.D., S.L., Doña A.H. Y Don J.B.P.S., y a sus administradores sustituyéndolas por las más ajustadas a Derecho descritas en el fundamento quinto de esta sentencia.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder Judicial.

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