

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE SEPTIEMBRE DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1067/99
Ponente: Dª Margarita Robles Fernández
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de octubre de 1999
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a veinticinco de septiembre de dos mil dos.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 6/1067/99 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido la Procuradora Doña L.M.RA., en nombre y representación de I.A S.A., Don M.A.O.T.A., Don I.A.C y Don L.M.G., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de Octubre de 1999, imponiendo sanciones (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho) siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 30 de Diciembre de 1999, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 10 de Enero de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 2 de Marzo de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimo oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de Septiembre de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 6 de Octubre de 2000, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 24 de Septiembre de 2002, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 21 de Octubre de 1.999, recaída en el expediente sancionador incoado por la C.N.M.V., en que se impuso a cada uno de los recurrentes multa de cincuenta millones de pesetas, como responsables de una Infracción muy grave del art. 99 q) de la L.M.V., por la realización, sin la debida habilitación, de recepción de fondos del público en general, para su inversión en valores con vulneración de la relación representativa con B.M. S.V.B., S.A., respecto a su intervención en la recepción y reembolso de efectivo.

SEGUNDO.- I.A., S.A., se constituyó el 15 de Abril de 1985, y desde la fecha de su constitución hasta el 24 de Junio de 1.998, el Consejo de administración de la entidad estuvo integrado por los Sres.:

Don M.A.O.T.A. como Presidente y Consejero Delegado, Don I.A.C., como Secretario Consejero y Don L.M.G., como Consejero. Después de tal día, la Junta General modificó el órgano de Administración, suprimiendo el Consejo de Administración y sustituyéndolo por un Administrador Unico, designando como tal a Don M.A.O.T..

I.A., S.A., fue inscrita como representante de B.M., S.V.B., S.A., en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el 9 de Febrero de 1.995, en virtud del contrato de representación suscrito por ambas entidades el 14 de Abril de 1994 y el poder conferido por la Sociedad de Valores en favor de I.A., S.A., mediante escritura pública de 19 de Enero de 1995, quedando I.A., S.A. facultada para mediar en nombre de B.M, en la captación de clientes que estuvieran interesados en suscribir y negociar valores, nacionales o extranjeros, admitidos o no a cotización en mercado secundario oficial, a través de B.M. Suscribir, obtener el reembolso o negociar la transmisión de participaciones en fondos de inversión de cualquier tipo de Activo Financiero a través de B.M.

Encargar a B.M, servicios de: colocación de emisiones de valores, aseguramiento de la suscripción de emisiones de valores; gestión de patrimonios; depósitos de valores; asesoramiento de información; diseño, desarrollo y ejecución de operaciones financieras, y en general, cualquier otro servicio comprendido en el ámbito de la declaración de actividades de B.M vigente en cada momento.

Se especificaba que todas las operaciones mencionadas se llevarían a cabo siempre a través de B.M, de forma que los pagos y cobros de los clientes captados se realizarían, no por la apoderada, sino directamente por la sociedad poderdante. En concreto, el pago de los clientes se efectuaría por medio de cheque nominativo a favor de B.M o de los propios fondos de inversión, o mediante transferencia bancaria realizada por el cliente a la cuenta bancaria de B.M o de los fondos de inversión que se indicasen. En cuanto el pago a los clientes se efectuaría, por medio de cheque nominativo a favor del cliente o bien mediante

transferencia bancaria ordenada por B.M a la cuenta bancaria del cliente que se indicara por el representante.

Se fija la Resolución impugnada en que durante el mes de Febrero de 1999, técnicos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores efectuaron una visita de supervisión a B.M, en la que fue objeto de especial análisis la operativa de los representantes de la entidad en el período comprendido entre el 1 de Enero de 1998 y 28 de Febrero de 1999 y en particular, en relación con I.A.,S.A., se analizaron los procedimientos aplicados por la Sociedad de Valores y por el representante para los cobros y pagos con los clientes se comprobó que:

1) Semanalmente, los saldos de los clientes inferiores a 100.000 pesetas se cancelaban, abonando o adeudando, según procediese, en la cuenta abierta en renta fija a nombre de I.A., S.A., incrementando o reduciendo un "repo" a nombre de esta entidad.

2) Los saldos superiores a la cantidad anterior, 100.000 pesetas, permanecían en la cuenta del cliente o se invertían en fondos de inversión en activos del mercado monetario, si existía autorización u orden, o en "repos" de Deuda a favor del cliente, en el caso de que hubiese instrucciones en este sentido.

3) Los cobros y los pagos de los clientes se efectuaban a través de las cuentas bancarias de I.A., S.A., emitiendo ésta un recibo, en el caso de los cobros o requiriendo la firma de un recibo por parte del cliente o realizando una transferencia bancaria a cuentas indicadas por el cliente. El neto de los cobros y pagos los liquidaba I.A., S.A. con B.M, S.V.B., S.A. mediante movimiento bancario.

Considera la C.N.M.V., que en el marco del contrato de representación celebrado con B.M antes de Enero de 1999, I.A., S.A., vino recibiendo directamente fondos de los clientes, ya mediante entregas en efectivo que ingresa en cuentas de su titularidad, ya mediante cheques o transferencias bancarias a las mismas cuentas, destinados a la compraventa de valores y suscripción de fondos de inversión que, en ocasiones, se transferían posteriormente a B.M para ser destinados a lo ordenado por el cliente, y, en otras, no eran transferidos. Esa disponibilidad directa de los fondos por I.A., S.A., habría generado una crisis patrimonial, que se traduciría en un desfase por importe de 1.299.236.862,- pesetas.

TERCERO.- En la demanda y en el escrito de conclusiones de la actora, se discute este método de ingreso de efectivo, manifestándose que los clientes no ingresaban directamente en las cuentas de B.M, sino en las de I.A., S.A que transmitía a B.M las cantidades con las órdenes inversoras, sin necesidad de esperar el otorgamiento de un nuevo poder de representación el 9 de Febrero de 1999 que regularizaba dicha situación patrimonial, ingresando mientras tanto la recurrente de forma global las cantidades de los clientes en las cuentas de B.M. actuando así de mutuo acuerdo ambas entidades, lo que sería esencial, no quebrantándose la reserva de actividad, ni habiendo perjuicios a terceros.

El Abogado del Estado al contestar a la demanda explica que dicho proceder de I.A., S.A., vulneraba el sistema de ingreso previsto en el primer poder de representación, cuyo

otorgamiento notarial se produjo el 19 de Enero de 1995, y no debía ser cambiado hasta un nuevo poder, sosteniendo así la tesis de la Resolución recurrida de la C.N.M.V.

CUARTO.- El apartado q) del Artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores tipifica como infracción muy grave el *"Incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los Artículos 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 Artículo 65."*

Según el artículo 64.6 de la Ley de Mercado de Valores *"Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar habitualmente las actividades previstas en el apartado 1 en las letras a) y c) del apartado 2 del Artículo 63, en relación con los instrumentos previstos en el apartado 4 de dicho precepto, comprendiendo, a tal efecto, a las operaciones sobre divisas"*. El Artículo 65.3 de dicha Ley señala: *"Se establecerán reglamentariamente los requisitos que deben cumplir los que actúen con carácter habitual como agentes o apoderados de las empresas de servicios de inversión, así como los apoderamientos que les sean conferidos y su régimen de actuación"*.

Por su parte el Real Decreto 276/1989, de 22 de Marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores, establece en su Artículo 9, apartado 2, que *"Las personas naturales o jurídicas ajenas a las Sociedades y Agencias de Valores podrán actuar en representación de éstas en el ámbito comprendido en la declaración de actividades de dichas Sociedades y Agencias, sin que se entienda violado el principio de exclusividad establecido en el párrafo primero del artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores, cuando sus actuaciones sean por cuenta y en nombre de una única Sociedad o Agencia de Valores"*.

Es evidente, pues, como argumenta la Resolución impugnada que una debida interpretación del principio de reserva de actividad, según la normativa expuesta, permite que las personas físicas y jurídicas que actúen como apoderados de las empresas de servicios de inversión puedan prestar servicios cuya realización se encuentra reservada a las Sociedades y Agencias de Valores y a las Sociedades Gestoras de Cartera, siempre que actúen dentro de los límites del apoderamiento.

En el presente caso, el contrato de representación celebrado con B.M y el poder conferido por ésta, permitían a la actora intermediar en los pagos y cobros de los clientes, operaciones que, en todo caso, debían llevarse a cabo a través de la sociedad poderdante. Sin embargo, la actora operó directamente, ingresando en cuentas bancarias de su titularidad el efectivo aportado por los clientes para la compra de valores y efectuando reembolsos, en metálico, transferencias o cheques contra sus cuentas, de forma también directa. Aún cuando señala que lo realizaba de mutuo acuerdo con B.M, lo cierto es que se ha excedido de los límites del apoderamiento otorgado, en cuanto que ha ejercido facultades no amparadas por el poder sin habilitación, lo que resulta constitutivo de la infracción muy grave tipificada en el apartado q) del Artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores, no siendo suficiente ese mutuo acuerdo, no plasmado en el poder, al que se alude en la demanda.

Ese exceso en los límites del apoderamiento, hace que necesariamente deba entenderse cometida la referida Infracción muy grave.

QUINTO.- Acreditado que la Infracción muy grave ha quedado cometida, otro aspecto importante a considerar por la Sala, es si la C.N.M.V. ha aplicado en este caso correctamente la graduación sancionadora a los recurrentes. En la Resolución impugnada se funda la imposición de la sanción máxima a cada uno de ellos, en el Art. 14 nº 1 letras a),b) y e) de la Ley 26/88 de 29 de Julio, que se interpretan como circunstancias agravantes, los actores cuestionan dicha aplicación por entender que han paliado cualquier perjuicio derivado de su crisis patrimonial mediante las oportunas garantías obtenidas de G. 33, S.L., habiendo actuado de acuerdo con B.M. para superar dicha crisis, garantizando el riesgo a los clientes, mediante contrato de 13 de Abril de 1999 documentado en autos.

La Sala considera que la naturaleza y entidad de la infracción no es una causa de agravación, sino que es un elemento constitutivo del tipo infractor, debiendo asimilarse mejor la agravación a las consecuencias del peligro ocasionado ó de perjuicio causado, aspectos paliados como alega la actora mediante los oportunos instrumentos de aseguramiento del riesgo generado, que es innegable. Por lo tanto, existe una compensación de circunstancias por un lado de agravación y por otra de atenuación respecto de la evitación de consecuencias lesivas para los clientes afectados y el sistema financiero.

En consecuencia, lo más procedente de conformidad al principio de proporcionalidad es fijar las sanciones imponibles en su grado medio, es decir, cuantificando las multas en la mitad del máximo aplicado por la C.N.M.V., que en este caso no ha ponderado debidamente la concurrencia de agravante y atenuante, que deben apreciarse tanto a la Sociedad actora, como a sus administradores a título individual, según criterio de esta Sala, entre otras en su Sentencia de 18 de Marzo de 1999 (Rec-567/96), donde se concluía que procedía rebajar proporcionalmente las multas impuestas a los Consejeros con arreglo al mismo tratamiento sancionador dispensado a la Sociedad actora, en virtud del juicio de equidad, que procede realizar en estos casos, según la doctrina de la Sala 3ª del T.S., expresada, entre otras, en sus Sentencias de 13 de Marzo de 1996 (R-2.770) y 14 de Noviembre de 1997 (R-9.500), que a su vez se remite a las del TC números 341 y 372/1993 de 18 de Noviembre y 13 de Diciembre, no sirviendo de término de comparación los expedientes incoados a otras gestoras por no coincidir las circunstancias de aquéllos con el actual, con la debida homogeneidad material.

SEXTO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Doña L.M.R.A. en nombre y representación de I.A., S.A., Don M.A.O.T.A. Don I.A.C. y Don L.M.G., contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de Octubre de 1.999, a que se contrae este recurso, debiendo revocar parcialmente la misma, reduciendo a la mitad cada una de las multas impuestas a los recurrentes.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

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