

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 445/04
Ponente: Dª Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resoluciones del Ministerio de Economía de 15 de julio y 1 de septiembre de 2004 que confirman en alzada Resolución de la CNMV de 22 de septiembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil seis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 445/04 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora de los Tribunales Sra. S.M., en nombre y representación de Don L.B.O., Dña. M.F.S., Don G.L.G., Don M.A.B., y Don R.H.O., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía el día 15 de julio de 2004, en materia relativa a Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 47.000 euros por dos infracciones, siendo la cuantía de la multa más alta de 39.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrada D^a. Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó 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 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia anulando el acto administrativo impugnado.

Subsidiariamente solicita se imponga la sanción en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad.

TERCERO.- El Abogado del Estado 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.

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

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 19 de septiembre de 2006, 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 Orden dictada el día 15 de julio de 2004 y cuatro dictadas el 1 de septiembre del mismo año, por el Ministro de Economía por la que se desestiman los recursos de alzada interpuestos respectivamente por Don L.B.O., Dña. M.F.S., Don G.L.G., Don M.A.B. y Don R.H.O., contra resoluciones de la CNMV resolviendo expediente sancionador incoado a la mercantil "A.R., A.V., S.A." y a los miembros de su Consejo de Administración, por las que se imponen sanciones acordando:

1. Por la comisión de una infracción grave de la letra t) del artículo 100 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, una multa por importe de 39.000 euros.
2. Por la comisión de una infracción grave de la letra m) del artículo 100 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, una multa por importe de 4.000 euros.
3. Por la comisión de una infracción grave de la letra c) del artículo 100 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, una multa por importe de 4.000 euros".

SEGUNDO.- Se declaran expresamente probados y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la Orden impugnada, en lo que afecta a los recurrentes.

TERCERO.- La actora alega como primer motivo de impugnación la nulidad de pleno derecho del acto administrativo impugnado por infracción del principio non bis in ídem. Fundamenta tal alegación en el hecho de que "el hecho de la posterior incoación de los mencionados procedimientos de revocación de la autorización de la Agencia y de suspensión de los efectos de la misma, que, como se ha expuesto, han provocado la renuncia de la Agencia a su autorización y la posterior revocación de la misma determina la vulneración del principio "non bis in ídem" y de la debida proporcionalidad de la sanción administrativa, al basarse dicha incoación en presuntos incumplimientos también incluidos en la Resolución impugnada".

El motivo no puede prosperar: del documento aportado por la propia parte actora con el escrito de demanda, resulta que "A.R., A.V., S.A." presentó escrito el 25 de julio de 2003 y acordó la baja voluntaria; la Administración resuelve "revocar la autorización y dar de baja del Registro de Agencias de Valores a "A.R., A.V., S.A." inscrita el 2 de enero de 1.990 con el número 90 como consecuencia del Acuerdo adoptado por su Consejo de Administración de fecha 22 de mayo de 2003 y por su Junta General, de fecha 26 de julio de 2003 de renuncia a la autorización como Agencia de Valores". La empresa renunció voluntariamente a su autorización, lo que impide siquiera la consideración de que la baja en el Registro de Agencias de Valores sea una sanción que duplica la impuesta por los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso, no constatándose la alegada infracción del principio que prohíbe el ne bis in ídem.

CUARTO.- En segundo lugar se alega la nulidad o anulabilidad del acto administrativo impugnado por falta de motivación.

La jurisprudencia ha razonado reiteradamente que la motivación del acto administrativo impugnado ha de permitir comprobar que la actuación de la Administración merece la

conceptuación de objetiva, por adecuarse al cumplimiento de sus fines. A esos efectos el requisito no se cumpliría con fórmulas convencionales, sino que ha de darse razón del proceso lógico y jurídico que determina la decisión, mostrando a los interesados las razones de la decisión administrativa en términos que hagan posible la defensa de sus derechos e intereses. A juicio de esta Sala, tales exigencias se cumplen en el supuesto de autos, en la que las distintas resoluciones dictadas por la Administración, tanto la de la CNMV como la del Ministro, contienen un razonamiento fáctico, técnico y jurídico que cumple ampliamente con la finalidad que la ley señala a la motivación de los actos administrativos, habiendo ejercitado los afectados tanto en vía administrativa como contencioso-administrativa su derecho de defensa.

En tercer lugar se alega la infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia. El Tribunal Supremo en su jurisprudencia ha resuelto (sentencia de 6 de marzo de 2000 (R-2000/7048) (recurso 373/1993) que:

"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas– y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo."

En el supuesto enjuiciado, el conjunto de la actividad probatoria llevada a cabo por la Administración, en ausencia de toda actividad de descargo de la recurrente constituye prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia de los recurrentes. El negar valor a la actuación de los funcionarios de la CNMV, que ejercen sus funciones de comprobación no a la búsqueda de irregularidades constitutivas de infracción, sino para comprobar el cumplimiento por los operadores sujetos a la Ley del Mercado de Valores de las obligaciones impuestas por esta equivaldría, como señaló el Tribunal Supremo en la sentencia citada, a imposibilitar la investigación de las actividades de dichos operadores.

QUINTO.- La actora alega que las conductas realizadas por los actores no son constitutivas de una infracción grave tipificada en la letra t) del Art. 100 LMV, en relación con el Art. 83 de la LMV por no contar con barreras de información entre las distintas áreas de actividad de "A.R.". Alega que ha actuado de buena fe, basando su conducta en la confianza legítima de operar con arreglo al ordenamiento jurídico, sin crear conflictos de intereses con los clientes.

El precepto infringido dice literalmente: "t. La infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta Ley, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior."

En el supuesto enjuiciado se ha acreditado: la realización de operaciones sin beneficio para el cliente y sin generar comisiones; el empleo de contratos tipo de gestión inadecuados; el incumplimiento de su Reglamento interno de conducta; el cobro de comisiones superiores a las tarifadas; la realización de órdenes sobre operaciones de valores sin sujetarse a las instrucciones de los clientes; deficiencias relevantes en el archivo de órdenes.

Respecto del incumplimiento de las obligaciones de identificación de los clientes; en cuanto a la inexistencia de barreras entre las actividades de intermediación y gestión, y entre estos y el departamento comercial, la resolución de la CNMV establece claramente que: "No obstante, ha de admitirse que uno de los incumplimientos detectados, relativo a la falta de medidas de separación entre las áreas de actividad dentro de la Agencia y con el resto de sociedades del grupo, es ya reconocido como infracción, según se ha expuesto en fundamentos anteriores, por lo que no debe aquí ser considerado y se deberá tener en cuenta a la hora de graduar la sanción por la infracción que se trata en este fundamento".

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

En relación con la infracción tipificada en la letra m) artículo 100 LMV. "El incumplimiento de las normas previstas en esta Ley en materia de información a sus clientes, por parte de las entidades que ejerzan habitualmente actividades relacionadas con el Mercado de Valores, en el caso de que esta información resulte obligatoria", se ha acreditado que la empresa de cuya Comisión Delegada con carácter ejecutivo eran miembros los actores cobraba por la retrocesión de comisiones de los intermediarios financieros con los que actuaba, fundamentalmente de los miembros de los mercados a los que transmitía órdenes de sus clientes, y que ocultaba este hecho a los clientes. Igualmente, se acreditó que no les facilitaba los documentos de liquidación de las operaciones que contrataban, remitiéndoles únicamente un resumen final.

A este respecto carece la eficacia absolutoria la alegación de que "el cliente conocía la comisión real que se cobraba" siendo así que tales comisiones no aparecen reflejadas ni en la información remitida a los clientes ni en los folletos de las tarifas.

Por último, en relación con la infracción tipificada en la letra c) del artículo 100 LMV (El incumplimiento por las entidades comprendidas en el artículo 86 de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros oficiales, así como de las normas sobre consolidación) la Resolución impugnada es muy clara en cuanto al por qué de la tipificación: "es de apreciar la relevancia de los incumplimientos detectados toda vez que, aún corregidos a final de año, lo cierto es que los ajustes a realizar en los estados financieros de la Agencia a 31 de agosto de 2001 determinan que sus resultados a esta fecha ascendían a 713 mil euros de pérdidas frente a 34 mil euros de beneficio reportado, así como una disminución en el superávit de recursos propios mínimos exigibles en cuantía por esta diferencia". Es decir, no se trata de leves incumplimiento de la normativa contable, sino de irregularidades que en su conjunto determinan que los resultados contables resulten gravemente desfigurados.

SEXTO.- En relación a la responsabilidad de los administradores, el hecho de que se imponga una sanción a la persona jurídica no excluye la responsabilidad de los administradores o directores, bien a título de dolo, bien a título de culpa, supuesto este último que se apreciará sobre una actuación de otro, a la que se ha llegado debido a la falta de diligencia de los que ostentan cargos de administración o dirección; de tal forma que si éstos hubieran observado la diligencia exigible a una persona debidamente capacitada y preparada técnicamente para el desarrollo de sus funciones, las conductas infractoras de la entidad en que desempeñan sus funciones, no se habrían producido.

Esta actitud negligente se produjo en los recurrentes miembros de una Comisión Delegada con carácter ejecutivo, obligados a conocer la actividad desarrollada por "A.R., A.V., S.A.", día a día, y obligados por otra parte a decidirla, de manera que tanto si tomaron las decisiones correspondientes como si dejaron que otros las tomaran, contribuyeron tanto por acción (en primer caso) como por omisión (en el segundo) a la realización de las conductas constitutivas de la infracción.

Finalmente en cuanto a la proporcionalidad de las sanciones impuestas, se aprecia que las multas se han impuesto en el tramo inferior dentro de las posibilidades que ofrece el artículo 106) guardando la correlación que el ordenamiento jurídico de aplicación establece para las infracciones cometidas, vistas las circunstancias de las mismas, y los antecedentes de la actuación de la entidad mercantil de la que los recurrentes son administradores. En efecto, la sanción más alta, 39.000 euros, equivale a una multa situada en el mínimo en relación con los 150.000 euros de máximo.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida por su conformidad a derecho.

SEPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don L.B.O., Dña. M.F.S., Don G.L.G., Don M.A.B., y Don R.H.O., contra la Orden del Ministro de Economía dictada el 15 de julio de 2004 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 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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