

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE MARZO DE 2014¹

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 139/2013
Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 2012
Fallo: Parcialmente estimatorio

¹ Anulada parcialmente en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2016.

Madrid, a diecisiete de marzo de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **Search Profit Corporation S.L. y D. R.L.M.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. M.S.P., frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012**, siendo la cuantía del presente recurso 4.000.000 y 150.250 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Search Profit Corporation S.L. y D.R.L.M. y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. M.S.P., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

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 de 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, tenidos por reproducidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de marzo de dos mil catorce.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012, y su confirmación por silencio administrativo, por la que se impone la sanción de 4.000.000 de euros de multa a la sociedad y de 150.250 euros al administrador único por la comisión de la infracción prevista en el artículo 99 q) de la Ley 24/1988.

La infracción viene referida al desarrollo de la actividad de asesoramiento en materia de inversión sin la correspondiente autorización.

SEGUNDO: Veamos en primer lugar las normas de aplicación para después analizar las argumentaciones actoras.

El artículo 99 q) de la Ley 24/1988 establece:

“Constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones:..

q) Incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los artículos 64, 65 y 65 bis, así como la realización por las empresas de servicios de inversión o por cualquier persona física o jurídica de actividades para las que no estén autorizadas, y la inobservancia por una empresa de servicios de inversión o por sus agentes, de las reglas que se establezcan al amparo del artículo 65 bis.”

Los artículos 63 y 64 del mismo Texto, en lo que ahora interesa, determinan:

“1. Se considerarán servicios de inversión los siguientes:...

g) El asesoramiento en materia de inversión, entendiéndose por tal la prestación de recomendaciones personalizadas a un cliente, sea a petición de éste o por iniciativa de la empresa de servicios de inversión, con respecto a una o más operaciones relativas a instrumentos financieros. No se considerará que constituya asesoramiento, a los efectos de lo previsto en este apartado, las recomendaciones de carácter genérico y no personalizadas que se puedan realizar en el ámbito de la comercialización de valores e instrumentos financieros. Dichas recomendaciones tendrán el valor de comunicaciones de carácter comercial.”

“64.7. Ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar con carácter profesional las actividades previstas en el apartado 1 y en las letras a), b), d), f) y g) del apartado 2 del artículo 63, en relación con los instrumentos financieros contemplados en el artículo 2, comprendiendo, a tal efecto, a las operaciones sobre divisas.

Asimismo, la comercialización de servicios de inversión y la captación de clientes sólo podrán realizarlas profesionalmente, por sí mismas o a través de los agentes regulados en el artículo 65 bis de esta Ley, las entidades que estuvieran autorizadas a prestar tales servicios.”

TERCERO: Los hechos imputados pueden resumirse: la recurrente ha prestado servicio de asesoramiento, sin la debida autorización, a) desde enero de 2008 hasta noviembre 2010 a 59 clientes en 2008, 130 clientes en 2009 y 83 clientes en 2010, b) durante el año 2011 a 56 clientes.

Estos hechos han resultado acreditados por la respuesta de los clientes de SPC al cuestionado enviado por la CNMV. De la totalidad de 150 clientes se recibió respuesta de 43, afirmando haber recibido asesoramiento de la entidad. Así mismo, de los contratos con clientes resulta el asesoramiento para inversión por parte de la entidad, cobrándose los correspondientes honorarios.

La recurrente reconoce en su demanda que 22 clientes afirmaron haber recibido asesoramiento, aunque señala que lo hacen en términos vagos.

Para valorar estos hechos, los analizaremos a la luz de las alegaciones actoras. No es relevante en el presente caso, por más que se haya hecho referencia al mismo, el expediente de 2004, pues como vemos los hechos imputados vienen referidos a los años 2008 a 2011.

Compartimos con la recurrente la irrelevancia del objeto social de la entidad, que hace referencia al asesoramiento, pues lo esencial en el tipo infractor aplicado, es la real actividad de asesoramiento.

Ahora bien, de la contestación de los clientes y de los contratos, resulta acreditado que la recurrente desempeñó, efectivamente, la actividad de asesoramiento. Prestó asesoramiento para inversión a sus clientes, y ello resulta de manera clara del expediente.

En cuanto a la prueba de los ingresos por la actividad, la Administración ha examinado los extractos bancarios y facturas giradas a los clientes, y, acreditada la actividad de asesoramiento, realiza una imputación a la misma de tales ingresos. Estos ingresos lo son antes de impuestos, pues el artículo 102 de la Ley 24/1988 se refiere a beneficios brutos.

Analizaremos ahora el tipo infractor descrito en la norma.

En lo que ahora interesa, el artículo 99 q) de la Ley 24/1988, califica como infracción muy grave el *incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los artículos 64*. Este último precepto señala en su número 7 que *ninguna persona o entidad podrá, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, desarrollar con carácter profesional las actividades previstas en el apartado 1 y en las letras a), b), d), f) y g) del apartado 2 del artículo 63*. Por lo tanto, lo esencial para la calificación de la conducta, es la interpretación del artículo 63.2 g).

Admitimos, como razona la recurrente, que el asesoramiento encierra un concepto material, "recomendaciones personalizadas a un cliente sobre a operaciones relativas a instrumentos financieros", y otro temporal, la habitualidad.

Pues bien, las recomendaciones personalizadas vienen referidas a cada cliente, aunque éstas puedan ser más o menos concretas. El carácter genérico y no personalizado, viene referido a aspectos generales no dirigidos a clientes concretos. En cuanto a la habitualidad, implica un cierto grado de frecuencia.

Pues bien, los hechos probados reflejan recomendaciones realizadas a clientes concretos y sobre operaciones relativas a instrumentos financieros, con reiteración y duración en el tiempo.

Estos hechos se han obtenido de pruebas directas – las respuestas a los cuestionarios y el examen de los contratos -, y son subsumibles en el tipo infractor aplicado.

Los ingresos por la actividad se han deducido del examen de los extractos bancarios, y, una vez probada la actividad de asesoramiento, a la interesada corresponde acreditar la procedencia de los ingresos que niegue proceder de dicha actividad, pues es una acreditación fácil para ella, e implica una excepción a la consecuencia lógica de haber realizado la actividad de asesoramiento.

Señalaremos ahora: a) el tipo no exige intencionalidad en la vulneración de la norma, y es imposible prestar una actividad de asesoramiento de manera no intencionada. Si lo que afirma la actora es que no hubo intencionalidad en la vulneración de la norma, este aspecto es irrelevante, pues la actora pudo y debió conocer el contenido de la misma, así como el concepto normativo de asesoramiento, b) el tipo no exige que se produzcan perjuicios, c) como después veremos, el concepto de reincidencia no se ha reflejado en la graduación de la sanción, y el mismo no integra el tipo infractor, d) tampoco el tipo exige un mínimo de volumen en la actividad y las ganancias, por lo que son elementos que podrán considerarse en la graduación de la sanción, pero no en la tipificación de la conducta. También la colaboración afecta a la graduación de la sanción.

CUARTO: Veamos ahora la alegaciones de la demanda relativas a los aspectos jurídicos.

1.- Presunción de inocencia. La sentencia del TC 70/2012, recogiendo una reiteradísima jurisprudencia anterior, afirma:

"...presunción de inocencia (art. 24.2 CE) que, como es sabido, rige sin excepciones en el procedimiento administrativo sancionador y comporta la exigencia de un acervo probatorio suficiente, recayendo sobre la Administración pública actuante la carga probatoria tanto de la comisión del ilícito como de la participación del interesado (por todas, SSTC 45/1997, de 11 de marzo, FJ 4; y 74/2004, de 24 de abril, FJ 4) y ello sin perjuicio de que no corresponda a este Tribunal la revisión de la valoración del material probatorio, sino sólo llevar a cabo una supervisión externa de la razonabilidad del discurso que enlaza la actividad probatoria con el relato fáctico resultante (por todas, SSTC 117/2002, de 20 de mayo, FJ 9; 131/2003, de 30 de junio, FJ 7; y 82/2009, de 23 de marzo, FJ 4)."

Por ello, la presunción iuris tantum de inocencia, queda desvirtuada por un *acervo probatorio suficiente*. De los razonamientos anteriores resulta de manera clara, la existencia de actividad probatoria suficiente en la que fundar los hechos imputados.

2.- Carga de la prueba. Corresponde, como señala la actora, a la Administración la prueba de los elementos objetivos y subjetivos del tipo infractor. Pues bien, los hechos imputados han quedado probados de forma directa, los ingresos derivados de la actividad de asesoramiento, lo han sido por inducción del examen de la actividad de

asesoramiento y los ingresos de la entidad, sin que se hayan desvirtuado la procedencia de estos últimos. Y, en cuanto al elemento subjetivo, la actividad de asesoramiento ha de ser intencionada.

3.- Tipicidad, legalidad y responsabilidad. La conducta descrita es subsumible en el tipo infractor aplicado, como hemos razonado anteriormente – dejaremos para más adelante la cuestión relativa al ámbito temporal -. El principio de legalidad se ha cumplido, pues la infracción y su sanción se encuentran legalmente tipificadas. La responsabilidad de la actora deriva de la atribución de la comisión de los hechos tipificados como infracción de forma consciente y voluntaria.

Entraremos ahora en el examen de la cuestión relativa al tiempo de duración de la infracción.

La controversia se plantea en los siguientes términos: La Ley 47/2007 somete a reserva la actividad de asesoramiento que nos ocupa. El Real Decreto 217/2008 que la desarrolla, dispone en su artículo 20:

“La autorización de las empresas de asesoramiento financiero corresponderá a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

El procedimiento de autorización y registro estará sujeto a los plazos y requisitos previstos en el artículo 12 de este real decreto. Asimismo, cuando se trate de empresas de asesoramiento financiero que sean personas físicas bastará con la inscripción en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siendo, por tanto, la autorización e inscripción en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores simultánea.”

Y en la disposición transitoria primera:

“Las empresas que, a la fecha de entrada en vigor de este real decreto, vinieran desarrollando la actividad de asesoramiento en materia de inversión deberán solicitar la correspondiente autorización e inscripción en el registro de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el plazo de un año desde la entrada en vigor del presente real decreto.”

El Real Decreto entró en vigor el 17 de febrero de 2008.

La Circular de la CNMV 10/2008 de 30 de diciembre, que establecía los requisitos para la solicitud de la autorización, entró en vigor el 15 de enero de 2009 – al día siguiente de su publicación en el BOE.

Pues bien, la recurrente razona del siguiente modo: Aun cuando la reserva de actividad se establece en la Ley 47/2007, no es hasta la entrada en vigor de la circular 10/2008, cuando ha de iniciarse el cómputo de un año para la adaptación a que se refiere el Real Decreto 217/2008.

No podemos aceptar este planteamiento. La reserva de actividad comienza con la entrada en vigor de la Ley 47/2007 que la establece. El periodo de un año de adaptación previsto en la disposición transitoria primera del Real Decreto 217/2008, comienza el día en que entró en vigor el citado Real Decreto – ello es terminante en la disposición transitoria primera -, por lo tanto el periodo de adaptación concluyó el 17 de febrero de 2009, y como la circular 10/2008 lo hizo el 15 de enero de 2009, era posible presentar la solicitud de autorización dentro del periodo de un año de adaptación.

El planteamiento de la Administración es el radicalmente opuesto al de la recurrente. Dada que la reserva de actividad se produce con la Ley 47/2007, no habiéndose solicitado y obtenido la autorización, la infracción comienza desde la vigencia de la reserva, esto es, la entrada en vigor de la Ley.

Tampoco podemos aceptar este planteamiento a los efectos de determinar la comisión de la infracción. Con independencia de que la Ley desde su entrada en vigor contenía la reserva de actividad, lo cierto es que debemos admitir como razonable la interpretación por la cual, la autorización no era exigible, para las entidades que venía prestando los servicios de asesoramiento, hasta la conclusión del periodo de adaptación establecido en el Real Decreto 217/2008, esto es, el 17 de febrero de 2009.

Pues bien, la Administración fija el inicio de la infracción en enero de 2008, y su conclusión a 31 de diciembre de 2011 – en este momento, según se afirma en la demanda, cesa la entidad en su actividad.

Por lo anteriormente expuestos, debemos tomar como fecha inicial de la infracción el 18 de febrero de 2009, pues con anterioridad no era exigible, al menos, el elemento subjetivo – dolo o culpa -, de la infracción, y por ello el comportamiento no sería punible hasta el citado momento.

QUINTO: En cuanto a la sanción, el artículo 102 de la Ley 24/1988 establece:

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

a) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 5 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 600.000 euros...”

Pues bien, la multa, tomando un máximo del beneficio bruto, se ha impuesto en el grado medio, en atención al volumen y duración de la infracción. Se ha aplicado correctamente la proporcionalidad.

Respecto de la responsabilidad del administrador único, se determina en el artículo 105 de la misma Ley:

*“Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción:
a) Multa por importe de hasta 300.500 euros.”*

No se alega en la demanda, ni la Sala aprecia, causa alguna que exonere de responsabilidad al administrador único. En cuanto a la multa, también se ha impuesto en su grado medio, por lo que se cumple el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, toda vez que la Administración ha computado como periodo de infracción desde enero de 2008 a diciembre de 2011, siendo que la infracción solo es imputable desde el 18 de febrero de 2009 a diciembre de 2011, ha de reducirse la sanción impuesta a dicho periodo.

Según los beneficios brutos que recoge la Administración en la Resolución impugnada – pagina 7 de la Resolución -, descontando la correspondiente a 2008, resulta una cantidad para los años 2009, 2010 y 2011, de 1.253.854 euros. El quíntuplo de esta cifra es 6.269.270, y la mitad, 3.134.635. Esta ha sido la operación realizada por la Administración en la fijación de la sanción que la sala asume.

Teniendo en cuenta que ha de excluirse un mes y medio del año 2009, la cuantía de la multa impuesta a la entidad ha de ser de 3.000.000 euros.

Respecto al Administrador, la sanción que se le ha impuesto asciende a 150.250 euros de multa, que han de reducirse en $\frac{1}{4}$, correspondiente al año excluido de 2008, por lo que la sanción ha de quedar fijada en 112.687 euros, descontándose el mes y medio de 2009, ha de fijarse en 108.687 euros.

De los fundamentos expuestos resulta la estimación parcial del presente recurso.

Dada la estimación parcial del recurso, no se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **estimando parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Search Profit Corporation S.L. y D. R.L.M.** y en su nombre y representación el Procurador Sr. D. M.S.P., frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada

por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 28 de diciembre de 2012**, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la cuantía de las multas impuestas, y en consecuencia **debemos anularla** y la **anulamos** en tal extremo, **declarando** que la multa que corresponde imponer a la entidad actora asciende a 3.000.000 euros (tres millones de euros) y al administrador único, también recurrente, asciende a 108.687 euros (ciento ocho mil seiscientos ochenta y siete euros), **confirmándola** en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.