

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 31 DE MARZO DE 2006

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 74/04
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía de 19 de diciembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 31 de marzo de dos mil seis.

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 74/2004, se tramita, a instancia de A.R., S.A., representada por la Procuradora Doña. R.S.M., contra la Orden del Ministro de Economía, de fecha 19 de diciembre de 2003, sobre infracciones 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 mismo 150.200 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 18 de febrero de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 24 de febrero de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su 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.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 28 de marzo de 2006.

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. Don J.M.DR.V.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministro de Economía, de 19 de diciembre de 2003, sobre imposición de sanciones por infracciones muy graves de la LMV a A.R., A.V., S.A., parte actora en este recurso, que en escritura de 5 de diciembre de 2003 cambió su denominación social por la actual de A.R., S.A.

La Orden del Ministro de Economía impugnada, en su parte dispositiva y por lo que interesa a este recurso, decía:

1. *Imponer a A.R., A.V., S.A.:*

-Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la LMV, por financiar a sus clientes, actividad para la que no se encuentra habilitada, multa por importe de 75.100 euros y amonestación pública con publicación en el BOE.

-Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra l) del artículo 99, en relación con el punto 3 del artículo 70, ambos de la LMV por realizar funciones de Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, multa por importe de 75.100 euros y amonestación pública con publicación en el BOE.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) las conductas realizadas por la recurrente no constituyen una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 LMV, b) las conductas realizadas por la recurrente no constituyen una infracción muy grave tipificada en la letra l) del artículo 99 LMV, y c) indebida ponderación del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que ha quedado acreditado que la Agencia de Valores demandante financiaba a sus clientes, a veces en cantidades muy importantes, sin estar habilitada para ello, que ha gestionado los fondos de inversión y de pensiones y que en la graduación de las sanciones se han tenido en cuenta todas las circunstancias concurrentes.

TERCERO.- La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), incluye en su artículo 99, letra q), entre los actos y omisiones que constituyen una falta muy grave:

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.

Los artículos 63 y 64 LMV establecen cuales son los servicios de inversión y las actividades complementarias que pueden realizar cada una de las diferentes categorías de empresas de inversión. Así, mientras que las Sociedades de Valores pueden realizar todos los servicios de inversión y actividades complementarias que se describen en el artículo 63 LMV, las Agencias de Valores, que es la clase de empresa de servicios de inversión a que pertenece la recurrente, sólo pueden operar por cuenta ajena, con representación o sin ella, y expresamente indica el artículo 64.3 LMV que las Agencias de Valores:

Podrán realizar los servicios de inversión y las actividades complementarias previstas en el artículo 63, con excepción de los previstos en el número 1, apartados c) y f), y en el número 2, apartado c).

En lo que ahora nos interesa, la remisión efectuada al número 2, apartado c) del artículo 63 LMV significa que las Agencias de Valores no podrán realizar la actividad complementaria consistente en:

La concesión de créditos o préstamos a inversores, para que puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo, siempre que en dicha operación intervenga la empresa que concede el crédito o préstamo.

CUARTO.- A la vista del expediente administrativo, consideramos un hecho probado que la Agencia de Valores recurrente ha financiado operaciones de compra de valores a sus clientes, de manera reiterada.

La financiación consistió en la realización de compras en descubierto a favor de los clientes, es decir, en la adquisición de valores sin que el cliente tenga en el momento de la compra efectivo suficiente en cuenta para hacer frente al importe de la adquisición.

Estos hechos se consideran acreditados por el Informe de Visita de supervisión de fecha 17 de mayo de 2002 (folios 77 a 174 de expediente), especialmente en los apartados 9.1.2 y 9.1.3 de dicho informe. Los hechos que hemos descrito, relativos a la financiación de clientes, junto con los demás apreciados en la visita de supervisión, fueron puestos en conocimiento de la recurrente por escrito de la CNMV de fecha 13 de junio de 2002. La sociedad aceptó tales hechos, como ponen de manifiesto las conclusiones a que llegó el Consejo de Administración de la sociedad actora, de fecha 24 de junio de 2002 (folios 219 a 222 del expediente), que "...conoce y acepta todas las recomendaciones de la Dirección General de Supervisión...", sin perjuicio de las matizaciones importantes que consideró oportuno realizar en algún caso. En escrito de 19 de julio de 2002 (folios 227 a 233 del expediente), dirigido por la Agencia de Valores demandante a la CNMV, clasificó los hechos advertidos por la visita de inspección en tres apartados o grupos, en atención a las diferentes fechas en las que consideraba que debían quedar subsanados o modificados, e incluyó la financiación a clientes en el primer apartado, que la recurrente calificó como "...cuestiones menores y que suponen cambios puntuales en la forma de ejecutar algunas de las tareas y actividades...", y así, en dicho escrito dirigido a la CNMV, la actora incluyó entre los "...asuntos cuya resolución debe ser inmediata y en cualquier caso antes de 31 de julio de 2002..." un párrafo en el que informa a la CNMV que de manera general, y antes de que estén plenamente operativos los controles automáticos que a iba a instalar quedaba "...totalmente prohibida la realización de compras de valores de renta fija, variable o instrumentos financieros, sin que exista la suficiente provisión de fondos, o bien se transmita al mismo tiempo una orden de venta de valores o de reembolso de fondos por una cuantía superior a la orden de compra..."

QUINTO.- La parte actora expone en su demanda que el artículo 64.3 LMV impide a las Agencias de Valores la concesión de préstamos o créditos a los clientes, pero su actividad no fue la de concesión de tales préstamos, sino la gestión ocasional de carteras

sin provisión de fondos, y que, en todo caso, en dicha conducta de gestión de carteras sin provisión de fondos falta el requisito de habitualidad.

La actividad que describe el artículo 63.2.c) LMV, como complementaria de los servicios de inversión que están vedados a las Agencias de Valores, es la de concesión de créditos o préstamos a inversores, y el propio precepto expresa y detalla la clase de créditos y préstamos a los que se está refiriendo, que son los que tienen por finalidad que los inversores "...puedan realizar una operación sobre uno o más de los instrumentos previstos en el número 4 de este artículo...", esto es, operaciones sobre valores negociables, en sus diferentes modalidades, participaciones en fondos de inversión, instrumentos financieros del artículo 2 LMV, etc.

Exactamente esta actividad prohibida a las Agencias de Valores fue la llevada a cabo por la recurrente, que compró valores negociables a favor de los clientes sin que dichos clientes tuvieran en el momento de la compra efectivo suficiente en su cuenta para hacer frente al importe de la adquisición. En definitiva, la Agencia de Valores recurrente otorgaba crédito a sus clientes para realizar operaciones de compra de valores negociables.

El argumento de que esa concesión de créditos fue ocasional no puede prosperar si se tiene en cuenta que se trata de un comportamiento reiterado a lo largo de los últimos años, y que la financiación a clientes tuvo carácter masivo en alguna OPV. Concretamente, es un hecho acreditado en el expediente y reconocido por la propia actora que en la OPV de Inditex la Agencia financió a la práctica totalidad de los clientes que acudieron a la misma, por un importe total de 7 millones de euros. No estamos, por tanto, ante una actividad ocasional o aislada, sino ante una actividad realizada en múltiples ocasiones y con carácter masivo, que afecta a numerosos clientes, como demuestra el importe invertido en la financiación. El resultado posterior de la operación, que continuó con la venta inmediata de los títulos adquiridos y en la obtención de beneficios para sus clientes (1,4 millones de euros de beneficio global), es ajeno al tipo de la infracción, que se consuma en el momento mismo de la efectividad de la compra a crédito de los valores, sin que la evolución posterior del valor adquirido tenga relevancia a efectos de esta infracción.

SEXTO.- La segunda sanción se impone a la recurrente por realizar funciones de Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva. La demandante, A.R., A.V., S.A., forma parte de un grupo compuesto, además de por la propia Agencia de Valores, por A.R.F., SGIIC, S.A., A.R.P., EGFP, S.A. y A.R Grupo Corporativo, S.A.

En el seno de dicho grupo, la gestión de los fondos de inversión y de pensiones no era realizada por la correspondiente entidad gestora (SGIIC y EGFP), sino por la Agencia de Valores demandante, lo que se considera un hecho acreditado en la visita de supervisión efectuada por la CNMV y aceptado además por la recurrente, en los mismos términos que el hecho constitutivo de la anterior infracción. La mejor prueba de la gestión de los fondos por la Agencia de Valores se encuentra en que operaciones de los fondos de inversión y de pensiones eran transmitidas al miembro del mercado por el gestor de carteras de la Agencia de Valores, que además no se limitaba a ejecutar la orden a un precio determinado, sino que gestionaba la orden, variando el precio según la evolución

del mercado, lo que evidencia que se trataba de una simple ejecución de órdenes recibidas de las sociedades gestoras de los fondos, como alega la recurrente. Además, durante la visita de supervisión, requerida al efecto, la Agencia de Valores no pudo aportar las órdenes que manifiesta recibía de las gestoras de fondos, lo que corrobora el hecho considerado probado de que la decisión sobre los valores que debían integrar los fondos no era adoptada por las entidades gestoras de los fondos, sino por la Agencia de Valores.

Alega la parte actora que la Administración sancionadora ha infringido el principio "non bis in idem", porque un mismo hecho ha sido objeto de dos sanciones, una como infracción muy grave del artículo 99, letra l) LMV, ahora examinada, y otra, como infracción grave del artículo 100 letra t) LMV. El demandante ni siquiera prueba la sanción por infracción grave del artículo 100.t) LMV, que desde luego no se impone en la Resolución impugnada, pero además, debe rechazarse su argumento, que se basa en que la opinión de que la gestión de fondos de inversión colectiva y de pensiones por la Agencia de Valores debe subsumirse en la conducta de deficiencias relativas a las barreras de información entre la agencia y las sociedades gestoras.

La Sala no comparte tal opinión, y considera que la gestión de los referidos fondos por la Agencia de Valores es un hecho distinto de las deficiencias relativas a las barreras de información, que son ajenas a este procedimiento. No existe, entonces, infracción del principio de "non bis in idem", porque el comportamiento que integra la infracción del artículo 99, letra l) LMV, que ahora examinamos, es el de inobservancia de las obligaciones del artículo 70.3 LMV, entre las que se encuentra la de no asumir funciones de Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva, de Fondos de Pensiones o de Fondos de Titulación de activos, prohibición que respetó la Agencia de Valores actora al adoptar decisiones sobre los valores que debían integrar los fondos de inversión colectiva y de pensiones, mientras que la infracción grave descrita en el artículo 100, letra t) LMV se refiere a una cuestión distinta, que es la de la infracción de las normas de conducta del Título VII (artículos 78 a 83 ter LMV) de la LMV.

SEPTIMO.- El artículo 102, apartado a) LMV establece que por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor multa hasta la mayor de las siguientes cantidades: el 5% de los recursos propios de la entidad infractora, el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o 50 millones de pesetas. En nuestro caso, el límite máximo de la sanción está constituido por la última opción de 50 millones de pesetas (300.506 euros).

La Resolución impugnada impone a la Agencia de Valores recurrente dos sanciones de 75.100 euros, una por cada una de las dos infracciones muy graves cometidas. Como se ve, cada sanción se impuso en su tercio inferior o grado mínimo, sin que pueda confundirse multa en grado mínimo con una multa de la cuantía mínima posible (por ejemplo 1 euro en este caso), como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004\7775).

En definitiva, las sanciones impuestas se encuentran dentro del tercio inferior o grado mínimo de las previstas por la LMV para las infracciones muy graves, considerando la Sala que las sanciones guardan la debida adecuación con la gravedad de los hechos

constitutivos de la infracción, atendidos los intereses en conflicto en este caso y el riesgo que conllevan las conductas descritas de concesión de crédito a inversores para adquisición de valores, realizado masivamente, y la gestión de los fondos de inversión colectiva y de pensiones.

OCTAVO.- 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de A.R., S.A., contra la Orden del Ministro de Economía, de fecha 19 de diciembre de 2003, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 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.