

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 7 DE DICIEMBRE DE 2001

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 481/99
Ponente: D. Fernando Delgado Rodríguez
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 16 de diciembre de 1998 confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de abril de 1999
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a siete de diciembre 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 06/481/1999, se tramita a instancia de G.G.P., S.A., representado por la Procuradora Doña C.P.Q., con asistencia Letrada, contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, sobre sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por G.G.P., S.A., 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 8 de abril de 1999, 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.- No habiéndose solicitado 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 5 de Diciembre 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.- Es objeto del presente recurso la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, que desestimó el recurso de la actora contra la Resolución de la C.N.M.V de 16 de Diciembre de 1998 en que se decidió "Imponer a G.C.,

S.G.C.,S.A., por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra o) del artículo 100 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 500.000 pesetas”.

SEGUNDO.- El día 13 de mayo de 1998 el Consejo de la CNMV acordó incoar expediente sancionador a la actora por la presunta comisión de una infracción muy grave de la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores, por adquirir valores por cuenta propia fuera de los límites establecidos en la legislación vigente. Sin embargo a lo largo de la tramitación del expediente administrativo se llegó a la conclusión adoptada en la parte dispositiva de la resolución recurrida.

TERCERO.- En la demanda se argumenta sobre la aplicación de los principios y criterios que rigen en el ámbito del Derecho Penal, el respeto de determinadas garantías formales del supuesto sancionando, la exigencia de que la infracción esté tipificada en norma con rango formal suficiente con antes de los hechos que se sancionan, el principio “non bis in idem” y la ineludible concurrencia de dolo o culpa por parte del infractor. Así mismo, la actora entiende que ha evitado realizar prácticas especulativas, y en el período examinado realizó una inversión muy prudente de sus recursos propios, no siendo calificable de no estable la inversión de sus recursos, pues de las operaciones de la recurrente no se han derivado riesgos ni daños efectivos y no constituyen infracción alguna, puesto que los hechos imputados son haber acudido a las OPVs de T., A. D., R. y A. habiendo enajenado las compras realizadas de manera inmediata a la adquisición. Lo que reconoce la actora y al mismo tiempo justifica porque manifiesta haber acudido a estas OPVs para buscar una colocación estable de sus recursos pero ante la escasa cuantía de valores obtenidos en las tres primeras y la pésimas perspectivas que ofrecía la última de ellas, debido a las circunstancias en que se produjo la colocación, se desistió en permanecer en la inversión. Así mismo, considera que hubo una rotación en la cartera al participar en ofertas públicas de ventas de valores en cuatro ocasiones, obteniendo un beneficio por su participación en estas OPVs de 367.634 Ptas, con una inversión de 417.000 Ptas. en T., 18.000 Ptas. en A.D. y 174.000 Ptas en R. las cuales por su inmaterialidad no tienen relevancia. Y tampoco falta la nota de estabilidad, según la actora, en su faceta de mínimo riesgo, porque no fueron especulativas las operaciones que realizó la actora entre los días 27 y 29 de octubre de 1997 con sus inversiones en el fondo mixto P. y en el fondo de renta fija F A, porque tiene colocados sus recursos propios de manera estable desde mediados de 1996 en el fondo mixto P.; y después del fallido intento de diversificar entrando en algún valor estable a través de una OPV se mantuvo en dicho valor, y sólo ante los riesgos de un mini-crack bursátil, que se pusieron de manifiesto los días 26 y 27 de octubre, no con propósitos especulativos sino de defensa de sus recursos propios, dio orden de venta, el día 27 de octubre, de sus participaciones en el fondo de renta fija F. A.. Entendiendo que la crisis había pasado, el día 30 de Octubre de 1997 reinvertió, previa venta de sus participaciones en F.A., en P. que por combinar renta fija y variable, salvo en momentos de crisis bursátil, porque le ha parecido un instrumento razonable para tener colocado su patrimonio. Así, estas inversiones no buscaban beneficiarle de la situación del mercado con carácter especulativo, sino garantizar una rentabilidad constante de recursos propios, acorde con las circunstancias del mercado, según la conclusión de la demanda.

Las operaciones por cuenta propia según la versión del demandante son encuadrables en el artículo 23 del R.D. 276/1989, según el cual las Agencias de Valores podrán también adquirir valores por cuenta propia con el fin de invertir de manera estable sus recursos propios. Dichos valores deberán estar admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial y su negociación deberá realizarse, en todo caso, con quien sea miembro del mismo. En consecuencia, según alega la demandante las operaciones litigiosas pueden considerarse realizadas dentro del marco del artículo 23, y por tanto, dentro de la excepción que el mismo recoge respecto de la posibilidad para las entidades a las que les resulta aplicable, de realizar alguna de las actividades comprendidas en el artículo 71 de la Ley del Mercado de Valores sin estar habilitadas para ello.

CUARTO.- La Sala considera que en este caso la tipificación corresponde al art. 100 apdo o) de la LMV, por tratarse del ejercicio ocasional ó aislado o no habitual por personas o entidades no habilitadas al efecto de operaciones del art. 71 de la misma ley. Y dichos requisitos concurren en este caso porque las operaciones de valores por cuenta propia están reservadas a las Sociedades de Valores según el art. 71 de la LMV y el art. 73 d) permite la autorización reglamentaria y excepcional a Agencias de Valores para realizar tales operaciones. Pero en este caso dicha autorización no consta concedida a la actora, y la actividad sancionada está expresamente prohibida por la LMV y tipificada como infracción grave por su art. 100 apdo o). Por lo tanto concurren los principios de ámbito del Derecho Penal, en este caso, estando tipificada la conducta infractora en Ley formal de suficiente rango, no se vulnera el principio “ne bis in idem”; y existe al menos culpa leve en la autora de los hechos sancionados, porque la relación de carácter especial que tiene con la Administración le exige conocer la normativa aplicable, y que su actuación no era conforme a la L.M.V. Además en este caso no concurre la excepción del art. 23 nº 2 del R.D. 276/89, porque las actuaciones infractoras de la recurrente no son conceptuales como propias de una inversión estable de los recursos económicos de la actora, según correctamente se expone en el fundamento jurídico tercero de la resolución recurrida, y que no ha sido desvirtuado en la demanda, puesto que el concepto establece para una inversión exige requisitos a) permanencia de la inversión en el tiempo, y b) seguridad, limitando la inversión a aquellos activos que permitan la recuperación del principal con mínimo riesgo para obtener una suficiente rentabilidad. Ambos requisitos no concurren en este caso porque se ha producido una rotación relevante en la cartera de la entidad, ya que en el período analizado ha acudido a ofertas públicas de ventas de valores en cuatro ocasiones, suscribiendo acciones por importe global de 33.309.963 pesetas para su inmediata reventa. Así la inversión mas duradera fue la compra de acciones de R., que se mantuvieron en cartera 42 días. Y la operativa inversora ha sido especulativa, no garantizando una rentabilidad constante de sus recursos propios, y generando inestabilidad e inseguridad.

Habiéndose ponderado por la Administración suficientemente la graduación sancionadora y la responsabilidad subjetiva concurrente, no constitutiva de dolo, pero sí al menos de culpa leve según entiende la Sala como se ha considerado antes, al no actuar con la debida diligencia en el cumplimiento de la normativa específica que tenía la obligación de conocer y aplicar, sin que le pueda disculpar la mayor o menor ganancia obtenida, porque lo que califica la conducta es la actividad prohibida; y no su resultado.

Según hemos precisado también en precedentes sentencias en casos semejantes como la de 18 de Marzo de 1.999 (R- 567/96), donde sobre el principio de proporcionalidad, que en este recurso consideramos que fue razonadamente aplicado y debe ser confirmado, entendimos aplicable la doctrina de la Sala 3ª del Tribunal Supremo expresada, entre otras en sus sentencias de 13 de Marzo de 1996 (R.2.770) y de 14 de Noviembre de 1997, (R.9.500), que a su vez se remite a las del Tribunal Constitucional números 341 y 372/1993 de 18 de Noviembre y 13 de Diciembre.

QUINTO.- 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:

DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de G.G.P., S.A., confirmando el Acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 8 de Abril de 1999, a que las presentes actuaciones se contraen, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de 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, 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.