

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE FEBRERO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 5/00
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de octubre de 1999
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintisiete de febrero de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num.5/2000 que ante esta Sala de los contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don E. C. G. en nombre y representación de Don T. F. B. y Don A. J. C., frente a la Administración del Estado defendida y reprobada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 21 de octubre de 1.999, en materia relativa a Sanción de multa por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 50 millones de pesetas (multa impuesta a cada recurrente, equivalente a 300.506,05 euros). Ha sido Ponente la Magistrado Dña Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 3-1-2000. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

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.

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 dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 26 de febrero de 2.003, en que se deliberó y voto habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada el día 21-X-99 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la que se resuelve el expediente sancionador seguido a "T. F. S., S.L." y Don T. F. B. y Don A. J. C., estos dos hoy actores, por la comisión de una infracción del Art. 99 letra q) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el punto 6 del Art. 64 de la misma Ley.

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso, que se declaran probados por la resolución impugnada y por esta Sala, son los siguientes:

1º "T. F. S., S.L." tiene como actividad "el asesoramiento sobre inversiones en opciones y futuros a terceros inversores, así como, las actividades encaminadas a facilitar dichas inversiones en mercados internacionales a través de las entidades denominadas CLEARING-BROKER". Previa selección de clientes por vía telefónica se firma un contrato de apoderamiento a favor de la sociedad denominado "condiciones y tarifas de inversión" por la que el cliente contrata a "T. F. S., S.L." para la compra y administración de opciones y contratos a plazo. La entidad compra en interés del cliente estos contratos y los administra hasta la liquidación definitiva de la cuenta que la sociedad mantiene con el broker. El cliente cede a la empresa todos los derechos y prestaciones para con el clearing broker que puedan originarse en el comercio de los contratos a plazo, decidiendo la sociedad en nombre del cliente las órdenes de compra y venta que considere más conveniente, cobrando unas tarifas. Entre el 11 de enero de 1.996 y la fecha de febrero de 1.999 en que incoa el expediente resuelto por el acto administrativo impugnado "T. F. S., S.L." captó 9.862.225.324 millones de pesetas, y obtuvo unas comisiones de 3.937.133 ptas.

2º Don T. F. B. fue nombrado administrador único de la sociedad por acuerdos adoptados en Junta General Extraordinaria y Universal de 22-X-93 elevados a escritura pública el 2-XI-93. El 9-X-98 se elevó a escritura pública su reelección como administrador único. El día 20-II-95 se otorga escritura pública por la que el citado administrador único confiere poder "tan amplio y bastante como en Derecho se requiera" a favor de Don A. J. C. a fin de que en nombre y representación de la entidad "T. F. S., S.L." pueda ejercitar sin limitación alguna todas y cada una de las facultades que corresponden al Administrador único de la sociedad.

3º El Ministro de Economía y Hacienda dictó Orden el 5-XII-96 acordando imponer a "T. F. S., S.L." una multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del Art. 99 en relación con la letra a) del artículo 71 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, e imponer a Don T. F. B. una multa por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) en relación con la letra a) del Art. 71 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

4º Esta Sala y Sección dictó sentencia el día 20-IX-99 desestimando el recurso interpuesto por "T. F. S., S.L." y Don T. F. B. contra la referida Orden Ministerial de 5-XII-96 que fue confirmada íntegramente.

Se aceptan y se dan por reproducidos los hechos declarados probados en la resolución impugnada.

TERCERO.- La cuestión central suscitada en este recurso ya fue objeto de una sentencia en relación con uno de los actuales recurrentes por hechos declarados constitutivos de una infracción en condiciones similares a las enjuiciadas en las presentes actuaciones. Se alega por los recurrentes que los contratos de futuros y opciones no tiene la condición de "valores negociables" antes de la reforma operada por la Ley 50/98 y que este texto legal no sería de aplicación retroactiva al periodo de tiempo en el que se llevaron a cabo las conductas enjuiciadas.

La parte actora relaciona la inclusión en el Art. 2 de la Ley del Mercado de Valores (24/88) de la expresión "emisión" para entender que ese tipo de contratos no constituye valores incluidos en el ámbito de control y actuación de la C.N.M.V.

La Exposición de Motivos de la Ley 24/88 al señalar las competencias de la C.N.M.V. establece que son múltiples e incluyen *"entre otras la de velar por la transparencia de los diversos mercados, la correcta formación de los precios en los mismos y la protección de los inversores..."* considerando este Tribunal que los preceptos de la ley deben interpretarse desde la óptica de la defensa de los intereses del inversor. La actuación declarada constitutiva de infracción consistió en la captación de fondos por una mercantil con forma de Sociedad Limitada que no cumple ninguno de los requisitos establecidos por la Ley del Mercado de Valores, en cualquiera de las distintas redacciones que a este respecto ha tenido en los textos de 1.988 y 1.998, fondos que previa retención por "comisión" del 40% de los mismos, salen de las cuentas de dicha mercantil en dirección a las cuentas de terceros que procederán a "invertir" los mermados caudales del cliente. La actividad se califica de "inversión" y se dirige a la contratación de valores, pero la actora alega que dado el tipo de valores en los que se invertía el dinero de los clientes, la Ley del Mercado de Valores no es de aplicación. Contrapone el texto de la Exposición de Motivos de la Ley 50/98 para resaltar que antes de este nuevo texto los contratos sobre opciones y futuros no eran valores negociables a los efectos estudiados.

El art. 3 de la Ley matiza el art. 2 al someter a regulación a *"todos los valores cuya emisión, negociación o comercialización tenga lugar en territorio nacional"*, quedando incluso en el ámbito de aplicación de la Ley 24/88 toda operación realizada en España que suponga la contratación sobre valores en cualquier forma. Como ya se señaló en la sentencia citada, la interpretación conjunta de los dos preceptos (artículo 2 y 3) incluye en el ámbito de la ley 24/88 la contratación relacionada con valores que no cotizan en los mercados nacionales. La propia Exposición de Motivos, al analizar la característica de la *"agrupación en emisiones"* especifica que *"se ha abandonado el concepto de valores emitidos "en serie" tanto por la difícil concreción del mismo, como por el hecho de que no hay razón para no considerar agrupados en una "emisión" de conformidad con las prácticas actuales de numerosos mercados financieros, instrumentos que pueden ser bastante heterogéneos en algunas de sus características económicas..."* Esta Sala concluye que precisamente la Ley pretendía evitar que con una definición del concepto "valor" se lograra la exclusión de posibles distintas formas utilizadas en el mercado como instrumentos financieros, evitando así los controles administrativos destinados, no puede olvidarse en ningún momento, a garantizar la protección de los intereses del inversor, remitiendo para la calificación de cada supuesto concreto a la determinación de la aptitud del instrumento financiero para ser objeto de intercambio impersonal en un mercado. Se equipara de este modo en la Ley 24/88 el concepto de valor al activo financiero que incorpora derechos de naturaleza económica-financiera susceptibles de negociación en un mercado organizado, concepto en el que quedan claramente definidos los contratos sobre opciones y futuros.

La redacción de la Exposición de Motivos de la nueva Ley no hace sino recoger la voluntad del legislador que, en esta ocasión, ha considerado más conveniente el cierre o la precisión de los conceptos que quedaron tan abiertos como ha quedado descrito, en la Ley 24/88. El distinto enfoque legislativo no supone en este caso, a juicio de Sala, una

exclusión de determinados activos financieros, sino una precisión normativa fruto de la política legislativa.

CUARTO.- Los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede estar protegido en ambos ordenamientos, el penal y el administrativo, y sancionado en ambos. En los dos ordenamientos son de aplicación los principios de legalidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, ne bis in idem, proporcionalidad etc. Pero el Tribunal Constitucional desde la sentencia 77/83, ha señalado que el implante de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador debe llevarse a cabo con cautela porque la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala, así sentencias del 1, 15, 18 y 29 de marzo, 17 de mayo y 21 de octubre, todas de 1999 y dictadas en recursos contra sanciones impuestas por la C.N.M.V., puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente.

La conclusión es que los administradores tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley.

Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa por la que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de culpa; en este caso, existía el precedente de la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 5-XII-96 imponiendo a la empresa "T. F. S., S.L." y a Don T. F. B. sendas multas por infracción del Art. 99 letra q) en relación con Art. 71 letra a) de la Ley 24/88, del Mercado de Valores, por realizar las actividades de intermediación en operaciones de futuros y opciones sobre mercancías, exactamente por el mismo sistema que se ha descrito más arriba, con idéntica remuneración, lo que excluye cualquier duda al respecto que pudieran albergar los hoy recurrentes.

En cuanto a la cuantía de las multas impuestas, como se señalaba más arriba, la aplicabilidad de los "principios" del Derecho Penal no llevan a la traslación lineal de todas

las técnicas de aquella disciplina jurídica y, en lo que ahora interesa, de sus “reglas” (no principios) de determinación de las penas en razón a la mediación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. En este marco jurídico, basta para controlar la adecuación a derecho de la multa impuesta el razonamiento que realiza el acto impugnado.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

QUINTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 139 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 el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don T. F. B. y Don A. J. C., contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda dictada el 21 de octubre de 1.999 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.