

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE SEPTIEMBRE DE
2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 105/04
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 14 de julio de 2003, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía de 18 de diciembre de 2003, y Resolución del Ministerio de Economía de 19 de diciembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de septiembre de dos mil cinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 105/04 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Dña M. E. M. G., en nombre y representación de Don C. R. L., frente a la Administración del Estado defendida y representa por el Sr. Abogado del Estado, contra Resoluciones dictadas por el Ministro de Economía el día 18 de diciembre de 2003 y el día 19 de diciembre de 2003 en materia relativa a Sanciones de multa por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 11.000 euros en el primer supuesto y acumulada de 139.000 euros en el segundo. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución del Ministro de Hacienda de referencia mediante escrito de fecha 5-III-04. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y publicación de los anuncios prevenidos por la Ley.

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 declarando nulos los actos administrativos impugnados y en todo caso anulando las sanciones impuestas al recurrente.

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 auto acordando 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 escritos de conclusiones para ratificar 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 13 de septiembre de 2.005, en que 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:

1º La Orden dictada el día 18 de diciembre de 2003 por el Ministro de Economía, por la que desestima el recurso de alzada interpuesto por Don C. R. L. contra resolución de la Comisión Nacional del Mercados de Valores, 14 de julio de 2003, por la que se adoptó el acuerdo siguiente:

"2. Imponer a Don C. R. L. como Presidente y Consejero Delegado de "E., A. V., S.A." por la comisión de una infracción grave del artículo 100 o) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la concesión ocasional de créditos o préstamos, actividad para la que no está autorizada, sanción en multa por importe de 11.000 euros (ONCE MIL EUROS)".

2º La Orden dictada el 19 de diciembre de 2003, por el Ministro de Economía por la que entre otras cosas, se acuerda:

"2. Imponer a Don C. R. L. como Presidente y consejero delegado de "E., A.V., S.A.":

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 e) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por no haber contabilizado determinados ingresos correspondientes a operaciones en las que ha mediado, sanción consistente en multa por importe de 90.000 euros (NOVENTA MIL EUROS).

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la inobservancia de la obligación prevista en el artículo 70.1 h) del mismo texto legal, en relación con la utilización de "cuentas ómnibus" sin el cumplimiento de los requisitos previos establecidos, sanción consistente en multa por importe de 27.000 euros (VEINTISiete MIL EUROS).

- Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por la inobservancia de la limitación prevista en el artículo 70.3 del mismo texto legal en lo relativo a la recepción de financiación, sanción consistente en multa por importe de 22.000 euros (VEINTIDÓS MIL EUROS).

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por la CNMV en su resolución de 14 de julio de 2003 y por el Ministro de Economía en su Resolución de 19 de diciembre de 2003.

Constituyen antecedentes de esta sentencia las dictadas por esta misma Sala y Sección en los recursos 87/04 (de 22-VI-05) y 107/04 (de 3 de junio de 2005) resolviendo los interpuestos respectivamente por "E., A. V., S.A." y por Don O. R. G. contra estos mismos actos administrativos.

Los motivos de impugnación planteados en aquellos recursos coinciden sustancialmente con los suscitados por el hoy actor y pueden resumirse como sigue:

a) Se alega nulidad de pleno derecho o anulabilidad del acuerdo de incoación del expediente sancionador, por infracción de los arts. 107,62 y 63 de la Ley 30/92.

b) Se alega que no se ha cometido la infracción del art. 99 letra l) de la Ley del Mercado de Valores por la utilización de las cuentas ómnibus al no existir incumplimientos de los requisitos previos establecidos.

c) Se alega que no se ha infringido el art. 99 letra l) de la Ley de Mercado de Valores por la recepción de financiación con incumplimiento del art. 70.3 de dicha Ley, porque “ante la posibilidad real de incumplir los coeficientes de liquidez y solvencia por la Agencia acreditado por la CNMV la Agencia se vio forzada y obligada de forma puntual y urgente a equilibrar su situación contable.”

d) Se alega que no se ha infringido el art. 99 letra e) de la Ley del Mercado de Valores por falta de registro contable de ingresos por comisiones por operaciones en los años 1.994 a 1.999 señalando que “el importe de las comisiones supuestamente desviadas sería contablemente irrelevante y no esencial”.

e) Sobre la infracción grave del art. 100 letra o) de la Ley 24/1.988 por la concesión ocasional de crédito o préstamos, actividad para la que no está autorizada señalando que los saldos contables en descubierto en la cuenta del cliente P. C. quedó justificado.

Alega en todos los casos que no se ha acreditado el elemento intencional. Y concretamente que *“la imputación de estos hechos a Don C. R. L. es igualmente objetiva”*.

Finalmente, se alega en relación con todas las conductas imputadas, el principio de tipicidad, reserva de Ley en materia sancionadora, transparencia, presunción de inocencia y ponderación con graduación de las sanciones, recogidos en los artículos 2. 3 y 4 del RD. 1398/93 del ejercicio de la potestad sancionadora.

TERCERO.- En las sentencias citadas dictadas anteriormente por esta Sala se señaló literalmente que *“el inicio del procedimiento sancionador, del que forman parte las denominadas diligencias previas, es competencia exclusiva de la Administración, en este caso, haciendo uso de las potestades de supervisión e inspección que la legislación sobre el Mercado de Valores atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que, con arreglo al artículo 85 de LMV puede recabar la información que estime oportuna sobre las materias de su competencia, pudiéndose realizar cuantas inspecciones y comprobaciones se consideren oportunas. Y dentro de dichas potestades de supervisión se encuentran, con arreglo al artículo 12 del Real Decreto 1398/1993, a la sazón vigente, las actuaciones realizadas con carácter previo al inicio propiamente dicho del procedimiento sancionador y, en definitiva, al objeto de determinar si concurren circunstancias que justifiquen la apertura del expediente sancionador para el caso de que existan indicios suficientes de la comisión de una falta o infracción administrativa estándose vedado a la Administración, con arreglo a una reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, permanecer inactiva ante la denuncia de posibles infracciones sancionables. Y si, como ocurre en este caso, una mera denuncia, además formulada por un empleado despedido por la propia Agencia de Valores denunciada, no constituye motivo suficiente para la inmediata iniciación de un procedimiento sancionador, ni tan siquiera para la concreción de un determinado cargo, mal puede decirse que se ha eludido el procedimiento debido ni, menos aún si cabe, la incompetencia del órgano supervisor de la CNMV pues, como con toda claridad establece el artículo 12 del Real Decreto citado, las actuaciones previas serán realizadas “por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación averiguación e inspección en la materia”, de ahí que nada quepa oponer, en definitiva, a la actuación desarrollada por al CNMV en la averiguación de los hechos denunciados, mediante la realización de una visita de supervisión a la Agencia, haciendo uso de las potestades que legalmente tiene encomendadas”*. Es evidente para esta

Sala, que con independencia de la denuncia, se ha realizado una actuación inspectora, de conformidad con las previsiones legales, en el curso de la cual, se han constatado unos hechos, se ha concluido que los mismos son constitutivos de infracciones, y tras tramitarse un expediente sancionador con respeto escrupuloso de los derechos del expedientado, tal y como están regulados en la Constitución y en la Ley, se ha concluido que se han cometido las infracciones, y que de las mismas es responsable el hoy recurrente.

Con este fundamento, dada la identidad de las alegaciones formuladas en los recursos respectivos debe desestimarse el motivo de impugnación basado en la infracción de la Ley 30/92.

CUARTO.- La misma suerte desestimatoria deben correr las alegaciones fundamentadas en la no infracción de la Ley del Mercado de Valores.

Como igualmente se señaló en la sentencia de 22-VI-05 en relación con la infracción cometida con la utilización de las "cuentas ómnibus" sin el cumplimiento de los requisitos establecidos al efecto, tipificada en el art. 99 letra l) de la Ley del Mercado de Valores, *"es de tener en cuenta que el artículo 70.1 LMV dispone que "Las empresas de servicios de inversión deberán cumplir las obligaciones previstas en esta Ley... y, en especial:... h) tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebidas de aquellos..."*.

Entre dichas medidas de control interno para proteger los valores que los clientes confían a las empresas de inversión nos encontramos con determinados requisitos o cautelas que han de cumplirse para la utilización de las denominadas "cuentas ómnibus", entre otros, los establecidos en la Circular de la CNMV 1/1998, sobre Sistemas internos de control, seguimiento y evaluación continuada de riesgos que, en su Norma 12 a. 1. hace referencia a la obligación de adoptar las medidas adecuadas para proteger los derechos de propiedad de los clientes y, en definitiva, controlar que no se hace un uso indebido de los valores que les han sido confiados para su custodia y, en particular: se exige frente a la regla general de que los valores de los clientes que las entidades sujetas mantengan en depósito o depositen en otras entidades que realicen en cuentas individualizadas abiertas a nombre de cada cliente, que, no obstante, *"podrá registrarse en cuentas globales de valores o instrumentos financieros ("cuentas ómnibus") cuando la entidad opere en mercados extranjeros en los que la práctica habitual exija la utilización de cuentas globales de valores o instrumentos financieros para cliente de una misma entidad"*, exigiéndose con carácter previo a la apertura de tales cuentas globales el cumplimiento de determinados requisitos, entre los cuales figura, el que la denominación de la cuenta de cliente refleje expresamente "el carácter de cuenta de terceros, siendo necesario obtener la autorización escrita de cada cliente, informándole de los riesgos que asume como consecuencia de esta operativa, entre otras cosas.

Pues bien en el presente caso de lo actuado resulta que las cuentas en que se encuentran depositados los valores extranjeros de los clientes, aparecen a nombre de la propia Agencia no reflejando expresamente el carácter de cuenta de terceros (certificados bancarios obrantes en el expediente administrativo). Y la importancia de tales omisiones es obvia, habida cuenta que la finalidad es impedir que los valores

propiedad de los clientes puedan ser considerados por terceros acreedores de la Agencia como propiedad de ésta al aparecer a su nombre. Y pese a lo manifestado por la actora en relación a tener autorización para utilizar dicha operativa de cuenta global, la actora sigue sin acreditar en este proceso tal extremo fáctico, al menos, en relación con 24 de dichos clientes, no obstante las facilidades dadas al efecto por este Tribunal.

De ahí, en fin, la corrección de la calificación jurídica de los hechos considerados al ser, en efecto, subsumible, la conducta analizada en la infracción prevista en el artículo 99 l) LMV.”.

Con base en las consideraciones expuestas, debe desestimarse este motivo de impugnación.

QUINTO.- En cuanto a la falta de registro contable de ingresos por comisiones por operaciones en los años 1.994 a 1.999 se ha acreditado por la Administración que la Agencia no registró contablemente las referidas comisiones, atribuyéndoselas a otras empresas de su grupo.

El artículo 99 e) LMV tipifica como infracción muy grave, *“el carecer las sociedades citadas... de la contabilidad y registros legalmente exigidos, llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad... o no contabilizar las operaciones que realicen o en que medien”*.

Los hechos constitutivos de la infracción han quedado acreditados en los autos:

- Las comisiones pagadas por los intermediarios financieros Banque Bruxelles Lambert (BBL), Banco Exterior-Londres, Banque Nationales de París, Banque Paribas y Caja Galicia, por la realización de operaciones en el mercado de divisas entre los años 1994 y 1999, lo fueron a “E. D., S.A.” y/o a “E., S.A.”.

- Las operaciones que han dado lugar a las comisiones facturadas y cobradas por “E. D., S.A.” han sido intermediadas por la expedientada –“E., A.V., S.A.”- y así aparecen en el listado de operaciones que, a partir de las boletas físicas de las mismas, ha sido elaborado “ad hoc” por la Agencia, a requerimiento de la CNMV para los años 1996 a 1999.

- La Agencia de la que el recurrente era Consejero Delegado, ha alegado reiteradamente que en las operaciones realizadas para los intermediarios financieros anteriormente mencionados no les ha cobrado a los mismos comisión alguna por tratarse de operaciones contratadas a través del corresponsal “M. B. PLC”, que era el que cobraba la comisión a dichos intermediarios. Ha quedado acreditado por declaración del propio “M. B. PLC” (interrogado acerca de alguna de las operaciones respecto de las que “E., A.V., S.A.” indicó su intervención) que no intervino en dichas operaciones.

- Los intermediarios financieros declaran que las comisiones correspondientes a todas las operaciones de los años 1996 a 1999, (que según la Agencia fueron intervenidas por “M. B. PLC”) fueron abonadas a dos sociedades vinculadas a la Agencia y no a la que se alega es la verdadera intermediaria, “M. B. PLC”

- En la documentación contable de "E. D., S.A.", y "E., S.A." facilitada por la Agencia y correspondiente a los años 1997 y 1998 se ha podido comprobar el registro de las citadas comisiones.

Respecto de la responsabilidad al efecto del recurrente, y este razonamiento es de aplicación para la totalidad de las infracciones de las que es declarado responsable, los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivos 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, que dado 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 al recurrente se imputa al menos a título de culpa; se razona por la Administración que el recurrente era el Consejero Delegado conjuntamente con otro Consejero Delegado, y se razonan los motivos de su especial responsabilidad (*"bajo la dirección y supervisión directa de los Consejeros Delegados y del Director General de la Agencia y dentro del ámbito de su decisión y/o conocimiento"*). No es lo mismo la responsabilidad de un Consejero Delegado que... y el periodo infractor durante la que han formado parte del Consejo de Administración...), que pueden resumirse en que ocupan un lugar de protagonismo dentro de los administradores de la persona jurídica, de manera que si no conoció las circunstancias reales de la actividad sancionada estaba indudablemente obligado a conocerlas, teniendo a su disposición los

instrumentos que la Ley de Sociedades Anónimas establece para que los administradores de las sociedades mercantiles cumplan con sus obligaciones derivadas de tal condición.

SEXTO.- Respecto de la recepción de financiación y la infracción tipificada en el artículo 99 l) LMV por incumplimiento de lo señalado en el artículo 70.3 de la propia Ley, como igualmente ya se señaló por esta Sala en la sentencias citadas *"En este caso la Agencia ha recibido financiación en el año 2001 de sociedades de su entorno económico, sin que tales entidades cumplieran los requisitos reglamentariamente establecidos para que la Agencia pueda recibir de ellas financiación. Al respecto la normativa dictada en desarrollo de la Ley del Mercado de Valores es taxativa. Así tanto el Real Decreto 276/1989, sobre Sociedades y Agencias de Valores, vigente hasta el 21 de agosto de 2001, en sus artículos 21 y 22, como asimismo el Real Decreto 867/2001 sobre régimen jurídico de las empresas de servicio de inversión, vigente a partir de aquella fecha limitan la posibilidad de recibir fondos de personas distintas de las entidades financieras inscritas en la CNMV, Banco de España o Dirección General de Seguros, excepto por concepto de emisión de acciones, financiación subordinada o emisión de valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial.*

Y el hecho de que las necesidades financieras en un determinado momento que hubiera podido tener la sociedad se cubran por entidades del mismo grupo empresarial, no puede servir para desvirtuar ni los hechos imputados, ni su valoración jurídica, pues la ayuda financiera se produjo, en todo caso al margen de las entidades financieras autorizadas y sin que se utilizaran los cauces alternativos previstos por la normativa anteriormente citada. La Agencia recibió financiación de sociedades de su entorno económico como se desprende inequívocamente de la existencia de diversas cuentas pasivas (por ejemplo, con "E., S.A." y con "CGR87, S.L.") lo que, frente a lo que en la demanda se alega, nada tiene que ver con una posterior ampliación de capital, operación esta que quedó al margen de la actuación sancionadora".

Con base en estos razonamientos, debe confirmarse la resolución impugnada igualmente en este extremo.

Finalmente, se alega que no se ha cometido la infracción tipificada en el art. 100 letra o) de la Ley del Mercado de Valores respecto de la concesión ocasional de créditos o préstamos porque según alega la recurrente se refiere *"a un particular método de facturación con un cliente que nunca le financió operaciones"*.

La Sala coincide con la apreciación de la Administración: en primer lugar, la Ley del Mercado de Valores no autoriza a las Agencias de Valores a realizar la actividad de concesión de créditos y préstamos a inversores; en segundo lugar, esta prohibición no se limita a operaciones que formal y literalmente se denominen "crédito" o "préstamo" sino que, lógicamente, alcanza a actuaciones que con otra denominación e incluso con otra apariencia formal constituyen préstamo o crédito. Y la actividad que la Administración ha considerado como tal es la financiación al cliente de sus inversiones, ya que no otra cosa es permitirle continuar realizando operaciones a quién tiene descubiertos reiterados.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de las resoluciones impugnadas por ser conformes a derecho.

SÉPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. 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 el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don C. R. L., contra las Ordenes dictadas por el Ministro de Economía los días 18 y 19 de diciembre de 2003 descritas en el fundamento jurídico de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes 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.

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