

APUNTES SOBRE RESPONSABILIDAD SANCIONADORA FINANCIERA (I)

LA OBLIGACIÓN DE LAS EMPRESAS SOMETIDAS AL CONTROL DE LOS SUPERVISORES FINANCIEROS DE ACREDITAR CON SUS MEDIOS PROPIOS QUE CUMPLEN CON LAS NORMAS. SU IMPACTO EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

Una de las facultades de supervisión que tiene expresamente atribuida la Comisión Nacional del Mercado de Valores ("CNMV") es la que le permite recabar de las empresas sometidas a su control la aportación de informes de sus propios órganos de auditoría interna o cumplimiento normativo, con la finalidad declarada de comprobar que tales empresas cumplen con las normas y requerimientos que le sean exigibles.

Es frecuente que, en aplicación de esta potestad, las empresas sean requeridas por la CNMV para analizar o revisar el grado de cumplimiento de las normas de conducta, mediante sus propios servicios (y, naturalmente, a su costa). Esta carga se viene asumiendo ordinariamente por las empresas, dada la voluntad de colaboración con el supervisor y, sobre todo, ante las graves consecuencias que para ellas tendría su incumplimiento. Los informes requeridos pueden consistir en la entrega por la empresa de información disponible, pero muchas veces constituyen una auténtica revisión generalizada de procedimientos y prácticas, un control específico de la documentación disponible, o incluso un chequeo de los resultados obtenidos inicialmente por la empresa en el cumplimiento de sus obligaciones.

Sin embargo, la realidad es que la CNMV no solo utiliza el resultado de los análisis internos de cumplimiento exigidos a las empresas para observar el grado de cumplimiento de las empresas y, en su caso, proponer mejoras o correcciones, ya que constituye, eventualmente, prueba de cargo (la única, muchas veces) contra la propia empresa que ha colaborado con la CNMV, en el consiguiente expediente sancionador.

Esta potestad se está utilizando cada vez más por los demás supervisores financieros, aunque ni siquiera en estos casos existe una base normativa expresa para ello, a diferencia de la CNMV.

En nuestra opinión, esta práctica es contraria al derecho fundamental de las empresas a no declarar contra sí mismas.

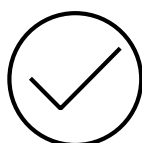


1. LA POTESTAD DE EXIGIR LA APORTACIÓN DE INFORMES DE LOS ÓRGANOS DE CONTROL INTERNO O DE CUMPLIMIENTO

El artículo 94, apartado veintitrés, de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial, modificó la letra i) del artículo 85.2 de la vieja Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, para incrementar las potestades de supervisión de la CNMV, al atribuirle la competencia para:

"Adoptar cualquier tipo de medida para asegurarse que las personas y entidades sometidas a su supervisión cumplen con las normas y disposiciones aplicables, o con los requerimientos de subsanación o corrección realizados, pudiendo exigir a tales personas y entidades, aislada o colectivamente y a tal fin, la aportación de informes de expertos independientes, auditores o de sus órganos de control interno o cumplimiento normativo."

Actualmente, esta facultad se halla recogida en el artículo 234.2.j) del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores ("LMV"), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.



Su incumplimiento por la empresa obligada puede dar lugar a la imposición de una sanción por una infracción muy grave, en los términos del artículo 285 de la LMV.

El artículo 47.4 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el artículo 50.2 de la Ley 10/2014, de 26 de junio, de ordenación, supervisión y solvencia de entidades de crédito atribuyen al Servicio Ejecutivo de la Comisión de Prevención del Blanqueo de Capitales e Infracciones Monetarias y al Banco de España, respectivamente, la potestad de recabar información de las entidades supervisadas, pero nunca llegan tan lejos como para permitir exigir de las entidades supervisadas la elaboración de investigaciones internas.

2. EL DERECHO A NO DECLARAR CONTRA SÍ MISMO

El artículo 24.2 de la Constitución reconoce, como una faceta del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, el derecho de todos a no declarar contra sí mismos y a no confesarse culpables, como parte integrante del derecho de defensa.

Existe abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el alcance del derecho a no declarar contra sí mismo, y en la que, por el tamaño de este trabajo, no vamos a entrar ahora. En resumen, nadie puede ser obligado a reconocer su responsabilidad, ni en un procedimiento penal, ni en un procedimiento administrativo sancionador, ni tampoco puede exigirse ningún papel activo del investigado que lleve a la acreditación de su posible responsabilidad. Asimismo, en los procedimientos en que se ejerce el *ius puniendi*, nunca puede hacerse uso de pruebas obtenidas coactivamente en un procedimiento previo, aunque se trate de declaraciones que no sean directamente incriminatorias.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por todas, en su Sentencia de 17 de diciembre de 1996 (Caso Saunders vs Reino Unido) ha venido precisando que no forma parte del derecho a no declarar contra sí mismo el derecho a impedir la utilización, en el procedimiento sancionador, de los datos que podían obtenerse del acusado por medio de procedimientos coactivos, cuando tales datos existen independientemente de la voluntad del acusado, como las muestras de aliento, de sangre o de orina.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en interpretación de este mismo derecho, considera que el derecho a no declarar contra sí mismo se vulnera cuando se obliga al investigado a dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción. Así, la Sentencia de 25 de enero de 2007 (Asunto Dalmine vs Comisión) decía que:

"Según dicha jurisprudencia, la Comisión tiene la potestad de obligar a una empresa, en su caso mediante decisión, a que le facilite toda la información necesaria relacionada con hechos de los que pueda tener conocimiento, pero no puede imponer a dicha empresa la obligación de dar respuestas que impliquen admitir la existencia de una infracción cuya prueba incumbe a la Comisión (sentencias de 18 de octubre de 1989, Orkem/Comisión, 374/87, Rec. p. 3283, apartados 34 y 35; de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123, apartados 61 y 65, y de 14 de julio de 2005, ThyssenKrupp/Comisión, C-65/02 P y C-73/02 P, Rec. p. I-6773, apartado 49)".

El Tribunal Constitucional ha manifestado también (por todas, vide la Sentencia de 26 de abril de 1990) que cuando el investigado debe aportar o exhibir los documentos contables pertinentes no está haciendo una manifestación de voluntad ni emite una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la simple aportación de documentos contables no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo. Y este mismo argumento ha servido para validar la legalidad de las pruebas periciales sobre la persona del investigado, o de la obligación de identificar al conductor, en materia de tráfico, así como de la obligación de presentar de modo veraz las autoliquidaciones tributarias (vide, por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de septiembre de 2009). Por lo tanto, no violenta el derecho a no declarar contra sí mismo la imposición de la

obligación de someterse a pruebas técnicas o de cumplir con obligaciones que no suponen un reconocimiento de la responsabilidad.

En el caso de los informes exigidos por la CNMV a los órganos de control interno o de cumplimiento de las empresas, con carácter coactivo, su objeto fundamental, según el artículo 234.2.j) de la LMV, es asegurarse de que la empresa cumple con la normativa, y requieren la participación efectiva de la propia empresa investigada en la elaboración, sistematización y contraste de la información de la que se dispone, para determinar el nivel de cumplimiento de la normativa por la propia empresa. Si el resultado de esta actuación interna supone la constatación de incumplimientos de la normativa por la empresa, esta deberá reportarlos a la CNMV, ya que, si no lo hace, podría dar lugar a la imposición de una sanción por una infracción muy grave.

En estas condiciones, parece claro que esta prueba no es una prueba que exista independientemente de la voluntad del investigado (puesto que, de hecho, se ha construido y elaborado por el propio acusado, de manera coactiva), y supone un reconocimiento, en su caso, por el propio investigado, de si se ha cumplido o no con la legalidad vigente (bajo apercibimiento de sanción). La empresa investigada tiene que analizar lo que ha ocurrido, sistematizarlo y chequearlo, para trasladar su resultado a la CNMV, que, a su vez, utiliza esta información (y muchas veces, solo esta información) como prueba de cargo contra la propia empresa.

Las mismas consideraciones deben hacerse respecto de los demás supervisores financieros, aunque, en este caso, ni siquiera tienen habilitación expresa para recabar estas actuaciones de sus entidades supervisadas.

En nuestra opinión, se contraviene de manera manifiesta el derecho a no declarar contra sí mismo.



Contactos



JAIME ALMENAR
Socio

T +34 91 590 4148

E jaime.almenar

@cliffordchance.com