

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE SEPTIEMBRE DE**  
**2003**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 126/00  
**Ponente:** D. Santiago Soldevila Fragoso  
**Acto impugnado:** Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1999, confirmada en reposición por otra del mismo Ministerio de 6 de abril de 2000  
**Fallo:** Parcialmente estimatorio

Madrid, a diez de septiembre de dos mil tres.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 126/2000, seguido a instancia de Don J. E. C. B., representado por el Procurador Don T. A. B., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en más de 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado D. Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden de fecha 18 de noviembre de 1999, confirmada mediante resolución de 6 de abril de 2000, en virtud de la cual se imponía al recurrente, entre otros, y en calidad de Consejero de "S. E., SA", la sanción de multa por importe de 50 millones de Ptas. (300.506,05 €) como consecuencia de la comisión de la infracción muy grave prevista en el Art. 99 p) en relación con la letra a) del Art. 71 y 76 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, derivada de los siguientes hechos que se declararon probados:

\* "S. E., SA" fue constituida en Madrid el 3-7-1991, perteneciendo el 98% de su capital a "S. I., B. L." domiciliada en Las Bahamas de la que el recurrente fue nombrado Consejero (se admite de forma imprecisa que desde el verano de 1997), y "T., SA" de la que era Secretario de su Consejo de Administración, siendo nombrado Consejero de "S. E., S.A." el 15-3-1996 y elevado a pública dicho nombramiento el 1 de abril siguiente.

\* El objeto social de "S. E., S.A.", de acuerdo con el Art. 2 de sus Estatutos era *"la realización de inversiones y negocios tanto mobiliarios como inmobiliarios, la elaboración de estudios, informes y asesoramiento económicos, financieros, jurídicos y tributarios en materia de productos, proveedores, operaciones, clientes y mercados, la compra, venta, arrendamiento o explotación de bienes muebles, inmuebles y mercaderías, incluidas las operaciones de financiación de tales actividades, quedando excluidas aquellas sujetas a legislación especial. Las indicadas actividades podrán ser desarrolladas por la sociedad total o parcialmente, tanto de modo directo como indirecto y en esta última modalidad mediante la titularidad de acciones en otras sociedades con objeto social idéntico o análogo"*.

\* En fecha 27-2-1998, "S. E., S.A.", señaló ante la CNMV que dividía su actividad en dos grandes áreas, la de finanzas corporativas en la que ofrecía a sus clientes servicios de asesoramiento en privatizaciones, fusiones, adquisiciones, valoraciones y ventas de empresas y asistencia relacionada con "joint ventures", alianzas estratégicas, y por otra parte ofrecía servicios de consultoría tanto a entidades públicas como privadas. Admite

que al margen de las actividades citadas, dos empleados de "S. E., S.A." que actuaban por cuenta de "S. I., B. L.", mantuvieron contactos con el intermediario financiero "A., A.V., S.A." y de forma esporádica con alguna otra entidad como BCH, Banco Atlántico, Fibanc, Benito y Mojardín. Estas entidades adquirieron valores a "S. I., B. L.", negando que mantuvieran contacto alguno con "S. E., S.A."

\* En el Antecedente de Hecho Octavo de la resolución impugnada, expresamente se declara probado que:

- Dos personas de la plantilla de "S. E., S.A." mantuvieron contactos con intermediarios financieros españoles ofertando operaciones de inversión, fundamentalmente de deuda de países emergentes.

- El personal de "S. E., S.A." se dirigía por iniciativa propia a las entidades presentándose como proveedores de valores de renta fija y variable, preferentemente emitidos o negociados en mercados internacionales.

- Periódicamente, personal de "S. E., S.A." remitía a las entidades contactadas informes de análisis de riesgos, cotizaciones y diferenciales de valores de entidades de países emergentes, realizando nuevas ofertas de inversión.

- "S. E., S.A." actuó como intermediario o broker en determinadas operaciones de emisión o venta de títulos de países emergentes, distintas entidades españolas han mantenido relaciones comerciales con "S. I., B. L." por mediación de "S. E., S.A.", consistente en la compra y venta de determinados valores por cuenta de terceros.

- Las personas que contactaban con los intermediarios financieros, de conformidad con sus tarjetas de visita, forman parte de "S. E., S.A."

- En un folleto publicitario de "S. E., S.A." prologado por Don R. S. B. (Presidente), se indicaba que dicha entidad utilizaba su red global con acceso a mercados europeos para la comercialización y colocación de títulos y deuda de los LDC.

- "S. E., S.A." y su matriz "S. I., B. L." constituían una unidad económica con administradores comunes y residentes en territorio español, operando el Banco de las Bahamas una simple licencia de actividad. En España, "S. E., S.A." realizó como estructura comercial de dicha actividad económica, la captación de ahorro público mediante la realización de actividades promocionales y publicitarias de todo tipo dirigidas a personas, la mayoría de crédito y del mercado de valores, con el fin de establecer relaciones de clientela en las que recibía órdenes para la compra y venta de valores y los fondos necesarios para ellos.

**SEGUNDO.-** Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo frente a la anterior resolución, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Existencia de prejudicialidad penal:

En el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de esta Audiencia Nacional se siguen diligencias previas nº 53/98 en las que se investiga a quien correspondía el control, dominio efectivo y protagonismo en la gestión del grupo S., y en concreto de "S. E., S.A." y "S. I., B. L.". Por otra señala que en él la Sección Primera de esta Sala se tramitan los recursos nº 157/99, 158/99 y 160/99 sobre la misma cuestión por el procedimiento de protección de derechos fundamentales. Por ello solicita la suspensión del presente proceso hasta que se resuelvan los procesos mencionados por su carácter preferente.

Subraya que por una parte en el folio 882 del expediente, los instructores indican que los hechos imputados en el expediente sancionador se dirigen contra "S. E., S.A." pero sin entrar a enjuiciar su actividad con "A., A.V., S.A.", por lo que nada impide que puedan tramitarse conjuntamente los procedimientos administrativo y penal ya que versan sobre hechos distintos. Por otra parte, en el hecho 33 de la OM recurrida, se recordó que el Consejo de la CNMV, acordó remitir las actuaciones al Fiscal General del Estado por la gravedad de los hechos cometidos por "A., A.V., S.A." en su relación con el grupo S., justificando la imposición de la sanción máxima. Por otra parte la CNMV en el informe al recurso de reposición interpuesto contra la OM impugnada invoca las diligencias penales para justificar la actividad del recurrente y su responsabilidad en los años de 1996 y 1997 en "S. E., S.A.", razón por la que estima que ambos procesos son inescindibles.

b) Atribución a "S. E., S.A." de los hechos protagonizados por "S. I., B.L.": Infracción del Art. 130 de la Ley 30/1992.

La CNMV sanciona a "S. E., S.A." por hechos, que en su caso, fueron cometidos por "S. I., B. L." y que se encuentran sometidos a una investigación penal y administrativa ante la propia CNMV, encontrándose el expediente administrativo suspendido por prejudicialidad. Recuerda que "S. E., S.A." despliega una actividad independiente de "S. I., B. L." y que en el año 1997 su volumen de ingresos provenientes de "S. I., B. L." fue del 6% de sus ingresos totales, admitiendo la CNMV de forma implícita que "S. E., S.A." desplegaba actividad independiente al señalar que dos personas por cuenta de "S. I., B. L." y en nóminas de "S. E., S.A." realizaban actividades por cuenta de "S. I., B. L." Por ello estima imposible que del examen de las cuentas de "S. E., S.A." un administrador diligente pueda deducirse que por esta entidad se realicen actividades ilegales subrayando que en los Consejos de "S. E., S.A." no se trataban los temas objeto de enjuiciamiento. Destaca las fechas en las que fue nombrado Consejero para evitar la imputación de su conocimiento de las actividades de "S. E., S.A." anteriores abril de 1996 (el diseño del grupo tuvo lugar en 1991 y las operaciones objeto del expediente en su mayoría datan de 1995). Por otra parte destaca que en vía administrativa y mediante la resolución de 6 de abril de 2000 fj 3, se reconoce que el recurrente nunca tuvo conocimiento ni participación en las actividades objeto de sanción. Niega expresamente que las actividades irregulares de "S. E., S.A." tuvieran reflejo en sus estados financieros.

c) Inexistencia de los hechos constitutivos de la infracción:

Si "S. I., B. L." se apoyó en dos empleados de "S. E., S.A." para la realización de las actividades descritas, ello podría dar lugar a la incoación de un expediente por la presunta infracción del Art. 100 n) de la Ley 24/1988 (LMV), como se hizo, pero ello no pueda dar lugar a la imposición de una sanción por desplegar actividad sin licencia ya que en esos caso se requiere habitualidad en el ejercicio de la actividad (Art. 99 q. en relación con Art. 71 y 76 de la LMV), lo que no consta.

d) Infracción del principio de culpabilidad

\* En relación con el pliego de cargos:

Existe falta de concreción de las imputaciones realizadas al recurrente lo que menoscaba su derecho de defensa por inversión de la carga de la prueba y obviar el derecho a ser informado de la acusación previamente a la imposición de la sanción. Se vulnera su derecho a la presunción de inocencia por exigencia de una responsabilidad objetiva cifrada en el hecho de ser miembro del Consejo de Administración de "S. E., S.A." por lo que al acto impugnado es nulo de pleno derecho el art. 62 Ley 30/1992. Invoca el art.63 de la misma Ley en relación con el art. 6 del RD 2199/93 para denunciar la existencia de una desviación de poder en la actuación de la CNMV. Invoca el art. 105 de la LMV en su redacción vigente y el 15 de la Ley de Disciplina e Intervención Bancaria y la interpretación que en términos abstractos realiza el Banco de España y la CNMV, para concluir que sólo en el supuesto de que el Consejero tuviera conocimiento de las actividades irregulares, lo que no ocurre en este caso, puede ser sancionado.

\* En relación con la propuesta de resolución.

Las propias instructoras del expediente en el FJ 5 de la providencia de 18 de marzo de 1998 admiten que en ninguna sesión del Consejo de "S. E., S.A." se trataron las cuestiones objeto de enjuiciamiento que unida a la falta de cualquier otra prueba conduce a la exculpación del recurrente. Las declaraciones de los testigos en la causa penal son exculpatorias del recurrente, pues ninguno lo señala como autor de actuación alguna. En cuanto el FJ 11 de la resolución referida, no puede imputarse al recurrente el diseño del grupo (año 1991), y por hechos anteriores a 1996. Nunca prologó ningún folleto, ni puede deducirse de los estados financieros y cuentas anuales de "S. E., S.A." que ésta entidad venía desarrollando actividades ilegales como las denunciadas, pues sólo constaba el montante de las operaciones con "S. I., B. L." que sólo representaron en 1997 el 6% de su facturación, especialmente si se tiene en cuenta que el recurrente no realizaba funciones de gestión en "S. E., S.A.". El hecho de que el recurrente fuera Consejero de "S. I., B. L." es irrelevante ya que accedió a este cargo en verano de 1997 y tampoco consta que el nombramiento fuera efectivo por lo que no conocía lo hecho antes de esta fecha por "S. I., B. L.", pues el diseño, en su caso, de este tipo de operaciones se remonta a 1991. En cuanto a la disposición que resuelve el recurso de reposición, destaca que no consigna la fecha de nombramiento en "S. I., B. L." del recurrente, pero toma la pertenecía a su Consejo como dato relevante para imponer la sanción cuando sólo coincidieron en ambos cargos unas pocas semanas y ni siquiera llegó a firmar las cuentas de "S. I., B. L.". La sanción se impone sobre la base de indicios lo que es contrario a la STS de 5-2-1990 y destaca que: sólo coincidió unas semanas en los Consejos de ambas entidades, nunca ejerció efectivamente como Consejero de "S. I., B. L.", el hecho

de compartir edificio ni implica tener conocimiento de todo lo que se hace en él, nada se deduce sobre el contenido de las actividades en los estados contables y que los hechos a que se refiere la CNMV de especial intensidad en los años 1996 y 1997 son las operaciones realizadas por "S. I., B. L." con "A., A.V., S.A." objeto de investigación penal que el recurrente no conocía pues no realizaba actividades de gestión en el subgrupo "S. E., S.A."

e) Infracción del principio de proporcionalidad.

No se explican los criterios empleados para imponer la sanción en su grado máximo, sin haber acreditado las circunstancias agravantes que cita y confunde los elementos y circunstancias de cada uno de los actores en el proceso. Cita como agravante la naturaleza y entidad de la infracción que es un elemento del tipo sancionador, el peligro o perjuicio causado que ha sido mínimo, ni tampoco se aprecia consecuencia desfavorable para el sistema financiero. Quien actuó fue "S. I., B. L." y no "S. E., S.A.", sólo lo hizo con 5 sociedades y no causó perjuicio a nadie. La CNMV no ha dado el mismo trato a la recurrente que a "A., A.V., S.A."

f) Principio de la buena fe en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

Niega que tuviera comportamiento negligente en su actuación como Consejero de "S. E., S.A."

**TERCERO.-** La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión rebatieron los argumentos del recurrente en los siguientes términos:

A) Inexistencia de prueba de cargo suficiente:

"S. E., S.A." y "S. I., B. L." constituyen una unidad económica con administradores comunes en la que "S. I., B. L." es sólo una licencia de actividad radicada en Las Bahamas y "S. E., S.A." el verdadero ejecutor de su actividad en España captando ahorro público para "S. I., B. L." mediante una relación permanente con intermediarios financieros.

B) Vulneración del principio de Non Bis in Idem:

Invoca la STC 27/1981 y el art. 96 LMV y 7.2 del RD 1398/1993 que consagran el principio de Non bis Idem habida cuenta de la relación de sujeción especial que une al recurrente con la Administración actuante. Recuerda que el procedimiento administrativo se inició a instancia del Juzgado que conoce la causa penal y que el fundamento de la punición en uno y otro caso es distinto ya que lo que castiga en este caso es el intrusismo en la mediación bursátil, cuestión ajena al proceso penal en el que se investiga las causas por las que la "A., A.V., S.A." causó importantes perjuicios patrimoniales a sus clientes.

C) Inexistencia de los hechos constitutivos de la infracción del art. 99 q). LMV.

"S. E., S.A." dedicaba su actividad a comercializar los productos de "S. I., B. L." en los términos expuestos y dicha actividad se ha realizado de forma habitual apoyado en actividades publicitarias.

D) Vulneración del principio de culpabilidad.

Era obligación de los Consejeros de "S. E., S.A." (Art. 127 y 133.1 LSA), haber inscrito a la entidad en la CNMV como intermediario financiero, que era su verdadera actividad y al no haberlo hecho son responsables lo que excluye la calificación de la responsabilidad como objetiva.

E) Vulneración del principio de proporcionalidad:

Se aplicaron los criterios establecidos en el Art. 14 de la Ley 26/1988, por lo que nada cabe reprochar a la decisión adoptada.

**CUARTO.-** Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

**QUINTO.-** Señalando el día 10 de septiembre de 2003 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SEXTO.-** Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de las sanciones impuestas al recurrente en su condición integrante del Consejo de Administración de la mercantil "S. E., S.A.", como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución.

Las alegaciones sobre las que sé vértebra la defensa se construyen entorno a una idea esencial; la violación por la O.M. impugnada de los principios básicos que rigen el procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal, con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento. En consecuencia analizaremos por separado las distintas garantías invocadas, teniendo en cuenta que esta Sección ha dictado dos Sentencias en fecha 12-2-2003, recursos nº 1/2000 y 7/2000 mediante las que se confirmaron las sanciones impuestas a "S. E., S.A." y a Don S. B. A., Consejero de la misma, si bien reduciendo su cuantía a 25 millones de ptas. ( 150.253 €).

**SEGUNDO.-** No obstante lo anterior, con carácter previo al examen de las cuestiones planteadas de forma principal procede examinar las excepciones procesales alegadas por la recurrente, en concreto la existencia de una cuestión prejudicial penal y

litispendencia por causa de la tramitación de los recursos nº 157, 158 y 159/1999 ante la Sección Primera de esta Sala por el trámite de preservación de los derechos fundamentales.

La primera cuestión, que inevitablemente se enlaza con la invocación del principio “no bis in idem” al que de forma autónoma se alude en la demanda, merece una respuesta desestimatoria. De acuerdo con una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional iniciada por STC 2/1981, reiterada por la STC 177/1999, *“El principio general de derecho conocido por non bis in idem supone, en una de sus más conocida manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones –administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración –relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc...- que justifique el ejercicio de ius puniendo por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”*. Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3º) se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues *“semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles retirada en el ejercicio del ius puniendo del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico cuarto)”*. Por otra parte, la STC 234/91 limita los efectos de la relación de sujeción especial al recordar que *“la existencia de esta relación de sujeción especial tampoco basta por sí misma, sin embargo, para justificar la dualidad de sanciones. De una parte, en efecto, las llamadas relaciones de sujeción especial no son entre nosotros un ámbito en el que los sujetos queden despojados de sus derechos fundamentales o en el que la Administración pueda dictar normas sin habilitación legal previa. Estas relaciones no se dan la margen del Derecho, sino dentro de él y por lo tanto también dentro de ellas tienen vigencia los derechos fundamentales y tampoco respecto de ellas goza la Administración de un poder normativo carente de habilitación legal, aunque ésta pueda otorgarse en términos que no serían aceptables sin el supuesto de esa especial relación (vid., entre otras, SSTC 2/1987, 42/1987 y, más recientemente, STC 61/1990)”*.

El examen de las actuaciones, no obstante, pone de manifiesto que el procedimiento administrativo del que trae causa la sanción se inició 27-7-1998 como consecuencia de lo dispuesto en el Auto de 16-7-1998 dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 6 de esta Audiencia Nacional en el seno de las diligencias previas nº 53/1998, en el que expresamente se descartaba que los hechos relacionados en el Apartado 3 Anexo 3.1 del segundo informe emitido por los peritos judiciales, que son precisamente los que dieron lugar a la imposición de la sanción recurrida, pudieran ser constitutivos de delito, remitiéndose dicho informe a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) por si los referidos hechos, no obstante, pudieran constituir un ilícito administrativo, como finalmente se estimó por la resolución impugnada. Así las cosas, y sin necesidad de pronunciarnos sobre la controvertida y compleja cuestión de si la relación que vincula al recurrente y la CNMV puede ser calificada como de sujeción especial, no cabe duda de que no existe la identidad fáctica entre el proceso penal y el procedimiento sancionador (único requisito exigido en la legislación específica del sector financiero) por lo que, de acuerdo con el art. 96 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, sobre el Mercado de Valores



(LMV), nada obsta para que la CNMV haya dictado la resolución que estimó conveniente y ésta sea enjuiciada en esta sede, criterio que en situación muy similares al presente ha sido expresamente confirmado por el TS (STS 19-5-2003 rec. nº 5588/1998) y que ha sido seguido por esta Sección en las Sentencias, dictadas precisamente en relación a las sanciones impuestas por la CNMV a los otros imputados en este asunto (SAN 12-2-2003 rec. nº 28/2000 y 1/2000). Dijimos en aquellas resoluciones y reiteramos en este acto, que en cualquier caso los bienes jurídicos protegidos en uno y otro supuesto son distintos, así como el objeto de la investigación, pues la vía penal se sigue a los efectos de determinar cuales fueron las causas reales que motivaron las pérdidas sufridas por los clientes de la agencia de valores "A., A.V., S.A." y su consiguiente tipificación como ilícito penal, mientras que en el procedimiento sancionador que da origen a estas actuaciones el objeto de la investigación ha sido si "S. E., S.A." realizaba en España una actividad como intermediario financiero sin estar habilitada para ello, lo que constituye, en su caso, un ilícito administrativo. De acuerdo con estas afirmaciones debe desestimarse también la que relativa a la infracción del art. 130 de la Ley 30/1992 o del principio de personalidad de la sanción, pues, insistimos, no se enjuicia en este momento la conducta que pueda haber desplegado "S. I., B. L.", sino si, una vez que este Tribunal ha declarado en sentencia definitiva (12-2-2003) que por parte de "S. E., S.A." se cometió el ilícito administrativo antes descrito, si el recurrente, en su calidad de Consejero de esta última entidad, desplegó con la diligencia exigible sus funciones en orden, en su caso, a la evitación de dicha actividad.

Finalmente, tampoco existe la denunciada litispendencia en relación con lo procesos planteados en la Sección Primaria de esta Audiencia, pues finalizaron, tras su acumulación, con la Sentencia de fecha 15-12-2000, que devino firme el mismo día, cuyo objeto era la revisión de la providencia denegatoria de la solicitud de suspensión de la tramitación de dicho expediente. Con estos antecedentes no cabe más que concluir que dichos procesos, que tenía un objeto distinto al presente, en modo alguno impide nuestro pronunciamiento.

**SEGUNDO.-** La segunda queja formulada en la demanda se refiere a la infracción que imputa a la resolución recurrida del principio de culpabilidad, siendo necesario precisar que en la presente resolución se parte de la base de que la actuación de "S. E., S.A." fue contraria a derecho en los términos señalados por la CNMV que así lo declaramos en la Sentencia de 12-2-2003 rec. nº 7/2000m limitándose la presente a enjuiciar la corrección de la sanción impuesta al recurrente por su participación en estos hechos. Bajo la referida rúbrica se agrupan distintas alegaciones que podemos dividir en dos grandes grupos: las de orden procesal y las que afectan al derecho en sí mismo considerado. Por lo que respecta al primer supuesto, debemos compartir con la recurrente que la técnica sistemática seguida por la resolución no ha sido la mas adecuada pues resta claridad a la actuación administrativa el que no se individualice en epígrafes separados tanto los hechos como las concretas imputaciones que se dirijan a cada imputado, reputándose por lo tanto inadecuada la técnica seguida de exponer de forma global los hechos y las acusaciones. No obstante, dicho lo anterior que se sustenta en la circunstancia de que tanto la posición del recurrente en "S. E., S.A." como sus tiempos de permanencia en el Consejo son distintos repesco de los demás imputados, sin que este extremo tenga expreso reflejo en el pliego de cargos, no por ello debe concluirse que con dicha actuación la CNMV vulneró el art. 24 CE y de esta forma el derecho del recurrente a ser

informado de la acusación que se le formula con carácter previo a la imposición de la sanción: en el FJ 6 de la resolución impugnada se transcribe el pliego de cargos y puede observarse que, si bien de forma global, se exponen con suficiencia los hechos que se imputan a todos los Consejeros de "S. E., S.A.", entre los que, obviamente, se encuentra el recurrente; por ello no puede alegar desconocimiento de la acusación que se le imputaba y buena prueba de ello es la posibilidad real, reflejada en sus escritos, que ha tenido de desplegar su derecho de defensa.

**TERCERO.-** La cuestión central que se plantea en este apartado es la relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haber sido sancionado de forma objetiva, por el simple hecho de ser miembro del Consejo de administración de "S. E., S.A.", sin pruebas objetivas suficientes. Frente a esta afirmación, debemos concluir que es doctrina reiterada de esta Sección (SAN 27-10-1999 rec. 246/1997, además de las sentencias antes citadas entre otras muchas), confirmada por el TS (STS 2-6-2003 rec. nº 6982/98 y 27-2-2003 nº rec. 8747/97), que, en principio es exigible responsabilidad al Consejero de una sociedad por causa de no haber ejercido sus atribuciones en orden a evitar una actuación ilícita de la misma, y ello aunque no ocupe puestos de gestión directa de la Compañía. En efecto, en las sentencias aludidas decíamos que: La Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito, en su art. 15.2, aplicable al caso (Art. 98 Ley 24/1998), establece como regla general que los administradores, con expresa mención a los Consejos de Administración, *"serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las Entidades de Crédito, salvo... b)... cuando dichas infracciones sean "exclusivamente" imputables a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la Entidad"*. Esta regulación se complementa con el art. 105.a) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en la redacción procedente de la reforma operada por la Ley 3/1994, donde se dice que *"Además de la infracción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción"*. De esta construcción se desprende que es la propia Ley (Art. 15.2 Ley 26/1988), la que establece la responsabilidad inicial de los miembros del Consejo de Administración por la comisión de faltas como la presente, calificadas como muy graves. Esta exigencia de responsabilidad al Consejo o a los administradores en general, tiene su fundamento lógico en que es este órgano el que ejerce, con las amplias facultades que les conceden los Estatutos, el control de la Entidad (Art. 89, 127, 129, 171, 141, 172 LSA). Este poder está directamente dirigido y concebido para que pueda garantizar su correcto funcionamiento, y muy singularmente, para evitar la realización de conductas que por su especial gravedad puedan comprometer el destino de la Entidad, como ocurrió en este caso, pues no parece razonable que quien tiene como misión la representación de la sociedad, y goza de los poderes en el seno de la misma para corregir las deficiencias que se produzcan, pretenda eludir las responsabilidades que sean consecuencia de la mala gestión. No obstante, esta declaración de culpabilidad establecida en la Ley, podría, efectivamente, chocar con el Art. 24 CE, en la medida en que de ella pudiera derivarse una responsabilidad objetiva y automática de los Consejeros, siempre y en todo caso, pero esa no es ni la previsión legal, ni el proceso lógico seguido por la O.M. en cuestión para imponer la multa impugnada. En este sentido, son dos los mecanismos legales que permiten desvirtuar la tacha de

inconstitucionalidad formulada: Por una parte, el propio redactado del art. 15.2.a) y b), de la Ley 26/1988. Así el apartado a) recoge supuestos que no se plantean en este caso (inasistencia del Consejero a la reunión en la que se tomó el acuerdo lesivo, o emisión de voto particular), mientras que el b) les exonera de responsabilidad cuando *“las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones Ejecutivas. Consejeros Delegados, Directores Generales y órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”*. En segundo lugar, el nuevo art. 105 a) de la Ley 24/1988, exige para la imposición de la sanción que en la actuación de los Consejeros exista, al menos, un elemento de culpa, proscribiendo la responsabilidad automática y objetiva que se derivaba de la anterior redacción del precepto.

La STC 154/1994. FJ 3, analiza en el ámbito del derecho administrativo sancionador, un supuesto que si bien parte de una base fáctica distinta del sometido a enjuiciamiento, contiene una doctrina plenamente aplicable al caso. Tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades si el sujeto no actúa diligentemente en sus facultades de control. Es indudable que la pertenencia a un Consejo de Administración, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones que se confieren a los nombrados, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones como la enjuiciada; el descuido en el ejercicio de estas facultades, que aboca a la Sociedad a la comisión de una falta muy grave, extremo en este caso confirmado por la SAN de 12-2-2003 rec. nº 7/2000, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, desde la óptica constitucional, la exigencia que dimana del nuevo art. 105 a) de la Ley 24/1988. Esta afirmación no puede desvirtuarse con el hecho de que las reuniones del Consejo a las que asistió el recurrente fueran escasas, pues como se indica en la O.M. el art. 55 del RD 1342/1992, de 6 de noviembre, en desarrollo de la Ley 13/1992, de 1 de junio, impone la dación de cuenta, al menos mensual, al Consejo de Administración sobre la evaluación continuada de los riesgos sociales, lo que evidencia su posición de supremacía y la negligencia del recurrente, bien por no exigir dicha información, bien por no actuar en consecuencia.

En el presente caso se observa que el recurrente fue nombrado Consejero de “S. E., S.A.” el 15-3-1996, y que los hechos imputados a esta entidad, si bien se iniciaron con anterioridad, alcanzaron su momento álgido en los años 1996 y 1997 por lo que en principio y de acuerdo con lo expuesto cabe considerar la posibilidad de exigencia de responsabilidad al recurrente. Sin embargo, no podemos aceptar el conjunto de argumentos incriminatorios esgrimido por la CNMV y el Ministerio de Economía para fundar la sanción en lo que respecta al recurrente, pues no cabe duda de que tanto su posición, como su responsabilidad en este caso, es distinta del resto de los Consejeros. Así las cosas, en nuestra opinión, el elemento determinante para la imposición de la sanción se centra en la conjunción de tres hechos probados, como son: su pertenencia al Consejo de Administración de “S. E., S.A.” así como la recepción por esta Compañía de 58 millones de ptas. en 1996 y 24 en 1997 procedentes de “S. I., B. L.” que suponían un 6% de sus ingresos, extremos expresamente admitidos por el recurrente (pág. 30 dda) y de los que consta prueba documental, y por otra parte, la constatación por este Tribunal a la vista de la documentación aportada, de su pasividad en el ejercicio de las funciones

que le son propias como Consejero mientras la sociedad desarrollaba una conducta ilícita según ha declarado esta Sección. Frente a este planteamiento no puede prevalecer la tesis del recurrente en el sentido de que, obedecían instrucciones de los verdaderos propietarios del grupo pues ello es irrelevante dados los términos en que se establece el régimen legal de los Consejeros en la LSA, bien que dada su condición de mero administrador ajeno a la gestión desconocía las reales actuaciones de "S. E., S.A.", en primer lugar porque aunque ha quedado acreditado que en las sesiones del Consejo de Administración no se adoptó ningún acuerdo que pueda reputarse contrario a la conducta imputada, ni consta que el recurrente haya firmado o conocido el folleto informativo en el que se describen las actuaciones de "S. E., S.A.", ni a él fuera remitido el informe que evidenciaba la ilegal actuación de la Compañía, ni que alguna de las personas involucradas directamente en las operaciones tachadas de ilegales le rindiera cuentas de forma directa o indirecta, ni que los estados financieros de "S. E., S.A." pueda deducirse la naturaleza de las operaciones de ésta con "S.I.,B.L.", lo cierto es que en los mismos se deja constancia de un volumen de operaciones correspondiente al 6% de los ingresos de la Compañía en 1997 y el doble aproximadamente en el año anterior sin que el recurrente haya dado una explicación razonable sobre su origen mas allá de que procedían de "S. I., B. L.". Una cosa es que el recurrente no conociera el verdadero entramado de las relaciones de "S. I., B. L." y "S. E., S.A.", pues si lo hubiera conocido y a pesar de ello hubiera aprobado las cuentas de la Compañía estaríamos en presencia de una imputación a título de dolo, y otra muy distinta es la de que, un año y 9 meses después de su nombramiento como Consejero, aprobara las mismas cuentas a pesar de constar en ellas partidas cuya naturaleza y contenido desconocía y que finalmente procedían de una actuación ilegal, pues es precisamente esa falta de diligencia en el ejercicio de su funciones, esa falta de actividad indagadora sobre las actividades de la Compañía, la que pone en evidencia una actuación negligente contraria a los intereses societarios que ha posibilitado la causación, directamente por otros, de los hechos sancionados. Frente a esto no aceptamos la alegación de que el volumen de las operaciones era escaso, pues no compartimos esa apreciación y en cualquier caso compete a los administradores de una sociedad, como ya se ha apuntado, exigir explicaciones sobre el concreto contenido de las actividades de la Compañía en justa correlación al mandato legal de que por éste se aprueben las cuentas de la misma, ni tampoco el argumento de que dado que las operaciones se realizaban con la empresa matriz no era necesario intensificar ese control pues entendemos que precisamente por ello resulta más exigible eses deber de diligencia ya que el buen fin de las mismas tiene más repercusión en le grupo. Ese es, en definitiva, el fundamento de la imposición de la sanción, respetuoso en su formulación con el Art. 24.2 CE, pues la sanción se impuso apreciando negligencia en la actuación pasiva del imputado y de acuerdo con el análisis razonable de la prueba practicada (STC 102/1994): se acreditó que el recurrente dio el visto bueno a unas cuentas en las que se consignaba una partida sobre la que no ejerció actividad fiscalizadora alguna y que resultó proceder de una actividad ilícita, facilitando de esta forma negligente, que no dolosa, la comisión del hecho imputado por la Compañía del que el actor, por la pasividad denunciada que es imprescindible para la consumación de la infracción, se convierte en corresponsable, aunque, obligado es decirlo, de forma distinta a los demás implicados. Este planteamiento, inculpativo por sí solo, quedaría reforzado, si cabe, por el hecho de ser también el recurrente Consejero de "S. I., B. L." desde el verano de 1997 pues, al menos desde ese momento, debía conocer la operativa de esta Compañía con "S. E., S.A."; no obstante este argumento nos

plantea dudas tanto por la falta de precisión en la consignación de las fechas de su actuación como tal, como en la actividad desplegada como Consejero por el recurrente en "S. I., B. L." (se llega a cuestionar que aprobara las cuentas) a lo que se une el escaso margen de coincidencia en el desempeño de los puestos en las dos Compañías. En los mismos términos debemos pronunciarnos respecto del hecho de que el recurrente fuera Secretario del Consejero de administración de "T., S.A." que a su vez poseía el 100% de "S. F. H., SA" que controlaba el 100% de "S. I., B. L."

**CUARTO.-** Finalmente, la demanda se centra en reprochar a la resolución impugnada la infracción del principio de proporcionalidad, planteamiento con el que debemos mostrar nuestra conformidad, con arreglo a los siguientes argumentos: La propia Administración (FJ 3 fine y FJ 4 de la resolución de 6-4-2000 resolutoria de reposición), expresamente señala que el grado de responsabilidad que concurre en el recurrente debe ser menor que en el caso de los otros Consejeros, afirmación que no podemos más que compartir a la vista de las circunstancias descritas en el FJ anterior (en las sesiones del Consejo de Administración no se adoptó ningún acuerdo que pueda reputarse contrario a la conducta imputada, ni consta que el recurrente haya firmado o conocido el folleto informativo en el que se describen las actuaciones de "S. E., S.A.", ni que a él le fuera remitido el informe que evidenciaba la ilegal actuación de la Compañía, ni que alguna de las personas involucradas directamente en las operaciones tachadas de ilegales le rindiera cuentas, ni que de los estados financieros de "S. E., S.A." pueda deducirse la naturaleza de las operaciones de ésta con "S. I., B. L.", lo que debe unirse esencialmente al menor tiempo en el que desempeño el cargo de Consejero, dato que de entrada le exonera de la acusación de haber diseñado al tiempo de la constitución de la Compañía (en 1991) las operaciones objeto de sanción. Así las cosas, y dado que esta Sección redujo en la Sentencia de fecha 12-2-2003 la sanción a Don S. B. A., en el que concurrían las circunstancias indicadas, en un 50% por estimar que la imposición del grado máximo no estaba justificada, estima que el presente, en el que no se aprecia reiteración ni reincidencia en la conducta (art. 98 LMV y 131 Ley 30/1992), ni tampoco una conducta activa en su comisión, debe revocarse la cuantía de la sanción en los términos que más abajo se dirá. Una vez calificada la conducta de "S. E., S.A." como muy grave, debe modularse de forma expresa e individual la responsabilidad del recurrente y eso no se ha hecho por la CNMV, pues se ha limitado a realizar una referencia genérica, común a todos los imputados, para graduar su imposición en la que se toma un elemento del tipo como agravante (naturaleza del hecho imputado) y además no se cuantifica el perjuicio materialmente causado, dato que se toma como agravante. Por otra parte apreciamos una cierta incompatibilidad en la naturaleza culposa de la infracción y la apreciación de una circunstancia atenuante en la ejecución de la conducta, en los términos que analógicamente (*in bonam partem*) pueden desprenderse del art. 65.2 del vigente Código Penal, norma básica que inspira los principios del ordenamiento sancionador. Así las cosas, entendemos que debe prevalecer la regla de que en estos casos (conducta imprudente), la concreción de la sanción deberá hacerse atendiendo a las circunstancias personales de autor del hecho (art. 66 CP) pero no a la toma en consideración de circunstancias modificativas de la responsabilidad legalmente tasadas. En atención a lo expuesto y a la vista de que el recurrente es responsable a título de culpa, y que no ha tendido una participación activa en el diseño previo de las operaciones de "S. I., B. L." y "S. E., S.A." ni tampoco en la ejecución de las mismas, entendemos que la sanción debe imponerse en la mitad del

grado mínimo (50.000 €), pues esta misma Sección en la Sentencia de 12-2-2003 rec. nº 1/2000 redujo la sanción impuesta al Consejo de "S. E., S.A." Don S. B. A. en un 50% sobre la inicial, idéntica a la impuesta al recurrente, por entender contraria al principio de proporcionalidad la resolución sancionadora cuando en ese caso se declaró probado por la CNMV y aceptado por este Tribunal, que dicho Consejero recibía información directa de los empleados del Compañía sobre las operaciones realizadas con "S. I., B. L." y además fue el destinatario de un informe interno que ponía de manifiesto el carácter ilegal de su actuación en los términos que finalmente sancionó la CNMV.

**QUINTO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el Art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente.

## **FALLO**

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto y fijamos la cuantía de la sanción impuesta, que mantenemos, en 50.000 €, desestimando las demás pretensiones. No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.