

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE JUNIO DE 1995

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 1125/93
Ponente: Dª. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 15 de enero de 1991 que confirma en reposición la del mismo Ministerio de 2 de julio de 1990
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a veintiuno de Junio de mil novecientos noventa y cinco.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales Dña. A.M.R.V.V. en nombre y representación de U.M., SVB. S.A. contra desestimación tácita por el Ministerio de Economía y Hacienda del recurso de reposición interpuesto por la hoy actora contra Orden de dicho Ministro de 2 de Julio de 1.990, siendo demandada la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado, en materia de sanción por infracción de la Ley de Mercado de Valores, con una cuantía de 33.260.360 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 26 de Octubre de 1990, dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el B.O.E.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 28 de Febrero de 1994, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando: "Que teniendo por presentado este escrito con su copia, tenga en nombre de la sociedad U.M., S.A., por formalizada la demanda en el recurso contencioso administrativo nº 6/0001125/93 y previa la tramitación oportuna, dicte en su día Sentencia en virtud de la cual se declare la nulidad total de los acuerdos de fecha 2 de Julio de 1990 y 15 de Enero de 1991, dictados por el Ministerio de Economía y Hacienda, o, en su caso, declarando contrarios a derecho los citados acuerdos y, en su lugar, dictando resolución por la que se deje sin efecto la sanción económica impuesta a la sociedad recurrente, por importe de 33.260.360".

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda por medio de escrito de 12 de Mayo de 1994, para oponerse a la misma y solicitar, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que deja expuestos, la desestimación íntegra de la demanda y la confirmación de las Resoluciones impugnadas.

CUARTO.- Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Con fecha 24 de Abril de 1.995, la Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 14 de Junio de 1.995, en que se deliberó y votó, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 15 de Enero de 1.991 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por U.M., S.A., S.V.B., contra Orden del mismo Ministerio fechada el 2 de Julio de 1.990 imponiendo a la entidad hoy actora una sanción de multa de 33.260.360 pesetas.

Los antecedentes de dichas Ordenes Ministeriales son los siguientes: por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 13 de diciembre de 1.989, se incoa expediente sancionador a la Sociedad ahora recurrente por la presunta comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/88 de 28 de Julio del Mercado de Valores, con ocasión de su actuación relacionada con la oferta pública de acciones de REPSOL S.A., cuya inscripción en los registros correspondientes de la C.N.M.V. había sido acordada el 5 de Abril de 1.989.

Previa la correspondiente tramitación, incluyendo el informe preceptivo del Comité Consultivo, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con fecha 13 de Junio de 1.990 acordó elevar propuesta de Resolución al Ministro, el cual con fecha 2 de Julio acordó la imposición de la sanción.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º) de carácter formal, concretados en violación del art. 24 pfo. 2 de la Constitución, violación del principio de secreto, y violación de las exigencias impuestas por el principio de objetividad y el deber de imparcialidad de la Administración Pública; 2º) relativos a la prueba practicada, y 3º) de fondo, alegándose la infracción del art. 99 de la Ley 24/88 de 28 de Julio del Mercado de Valores.

TERCERO.- La actora sostiene en primer lugar que se ha violado por la Administración su derecho constitucional a ser informado de la acusación porque el pliego de cargos no contiene la especificación de cual de los tipos regulados en el pfo. s) del art. 99 de la Ley 24/88 le era de aplicación, ni define "los extremos concretos que las conductas definidas como punibles" fundamentan la imposición de la sanción, ni se razona la relación entre los hechos y el tipo aplicable.

Este motivo de recurso no puede prosperar, pues en el pliego de cargos, como establece el art. 136 pfo 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, deben contenerse "los hechos imputados", pero no necesariamente la calificación jurídica, y menos aún el razonamiento propio del acto de imposición de la sanción (o de la sentencia en el proceso penal) de valoración de la prueba practicada a fin de declarar cometida una infracción, su tipificación y la imposición de la sanción correspondiente. Pese a ello, el pliego de cargos contenía indicaciones a la expedientada dirigidas precisamente a garantizar al máximo su derecho de

defensa, señalando que en principio los hechos pudieran ser constitutivos de la infracción prevista en el art. 99 pfo. s) de la Ley del Mercado de Valores.

En este sentido el Tribunal Constitucional en el Auto 4/89 de 12 de Enero de 1.989 ha establecido que *"Las irregularidades denunciadas hacen referencia al pliego de cargos por incluirse en él hechos que no habían motivado la iniciación del expediente, repetición de alguno de ellos a efectos sancionatorios y falta de pruebas en el expediente. Ninguna de estas irregularidades tienen contenido constitucional, pues si bien es cierto que este Tribunal ha declarado reiteradamente desde la STC 18/1981 que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, también ha declarado que las garantías del art. 24 de la Constitución están referidas a la tutela judicial y que, por tanto, no son trasladables, sin más, a los procedimientos administrativos a que se refiere el art. 105 c) de la Constitución. Por tanto, las irregularidades que denuncia el recurrente y que han sido revisadas en la vía jurisdiccional, afirmando la Sentencia, tras un detenido examen del expediente sancionador, que en él se han observado por parte de la Administración las garantías esenciales del procedimiento en la medida que el propio recurrente pudo formular el oportuno pliego de descargos, conocer en su momento la propuesta del instructor, practicarse pruebas y recurrir administrativa y judicialmente la resolución dictada, es claro que, por tratarse de problemas de legalidad ordinaria, no tienen el contenido constitucional con que se plantean"*.

CUARTO.- El art. 90 de la Ley del Mercado de Valores recoge la obligación para las autoridades competentes y los funcionarios de la C.N.M.V. de "guardar secreto" respecto de las "informaciones o datos reservados" que hayan recibido en el ejercicio de las funciones de supervisión e inspección reguladas en dicha Ley. Debe señalarse en primer lugar que dicho precepto no incluye, como debería para alcanzar la consecuencia que pretende la actora, la indicación de que la filtración de la existencia o tramitación de un expediente sancionador traiga consigo la nulidad del mismo y en concreto la anulación de la sanción impuesta. En segundo lugar no existe prueba alguna en el expediente administrativo de que las autoridades competentes o funcionarios de la Comisión pusieran en conocimiento de la prensa la existencia del expediente, lo que asimismo impide al Tribunal llegar a la conclusión que pretende la actora, aún cuando la Ley lo hubiese autorizado. Finalmente el Tribunal Constitucional, entre otras en la sentencia 231/88 de 2 de Diciembre y en el Auto 221/90 de 31 de Mayo, ha establecido la doctrina de la debida proporcionalidad (suponiendo que en este caso estuviera en juego el derecho a la intimidad del recurrente) cuando está en juego la limitación de los derechos fundamentales con valoración del interés prevalente. Y el mismo Tribunal en su Auto num. 257/85 de 17 de Abril estableció que *"el derecho a la intimidad que reconoce el art. 18.1 de la C.E. por su propio contenido y naturaleza, se refiere a la vida privada de las personas individuales, en la que nadie puede inmiscuirse sin estar debidamente autorizado, y sin que en principio las personas jurídicas, como las sociedades mercantiles, puedan ser titulares del mismo..... pero es que, además, y en el caso de que hipotéticamente se estimare que el derecho de la intimidad acogiera a las personas jurídicas, estaría como el resto de los derechos fundamentales limitado en su total dimensión, pues su ejercicio se sometería al respeto de otros bienes jurídicos igualmente dignos y necesitados de protección, y en concreto, por lo que al presente caso se refiere, a exigencias derivadas de la acción de la justicia...."*.

QUINTO.- El art. 85 de la Ley del Mercado de Valores establece que *"La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá recabar de las personas físicas y jurídicas cuantas informaciones estime necesarias sobre los extremos que interese relacionados con las materias objeto de esta Ley. Con el fin de allegar dichas informaciones o de confirmar su veracidad, la Comisión podrá realizar cuantas inspecciones considere necesarias"*. Resulta evidente a juicio de esta Sala que la C.N.M.V. realizará el desempeño de las funciones que por Ley le vienen encomendadas utilizando los correspondientes medios materiales y personales, entre ellos los funcionarios que le sean asignados, y el propio precepto alegado por la actora, al utilizar el término INSPECCIONES preestablece la actuación de los Inspectores de la Comisión por lo que no puede prosperar la alegación de que su intervención constituye violación de los principios de objetividad y del deber de imparcialidad de la Administración pública.

SEXTO.- En materia probatoria, la parte recurrente pretende amparar la nulidad de la prueba practicada en el expediente administrativo en las disposiciones de los arts. 1228 y 1248 del Código Civil. La mas antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo establecía ya que los artículos citados otorgan al Juzgador facultades amplísimas para apreciar el valor de dichas pruebas, con aplicación de las reglas de la sana crítica. A juicio de este Tribunal, la actora, quién debería haber probado sus alegaciones, (es decir, que había recibido todas y cada una de las ordenes de suscripción de REPSOL, según el documento "suscriptores de REPSOL, S.A." de las personas que aparecen en la misma con sus D.N.I.) al no realizar actividad probatoria alguna en este sentido, no puede pretender que prospere su alegato de indefensión cuando la C.N.M.V. suple su inactividad y practica pruebas, por mucho que acrediten lo contrario de lo sostenido por la investigada entonces y hoy actora.

El oficio de solicitud de información que la C.N.M.V. remitió a las personas que figuraban como ordenantes en la operación investigada tenía el siguiente tenor literal: "Esta Comisión Nacional esta investigando posibles irregularidades en el proceso de colocación de acciones de la Sociedad REPSOL, S.A. en cuya lista de suscriptores aparece su nombre y D.N.I.... Tenga a bien comunicarnos si, efectivamente, dio orden de suscripción y posterior aplicación al cambio convenido de 340 % de acciones de dicha Entidad, al intermediario financiero U.M., S.A.". No aprecia el Tribunal que con esta redacción se este predeterminando una contestación negativa de los consultados, o una indicación de que es preferible no contestar, y la mención a que la pregunta se enmarca en una investigación por la existencia de "posibles irregularidades" es la información mínima a facilitar al encuestado respecto de la finalidad de la consulta. La necesidad de llevar a cabo tal investigación se revela evidente, aunque no arrojava un resultado favorable para la recurrente al poner de relieve la inexistencia de las pretendidas ordenes de suscripción. Debe en consecuencia rechazarse este motivo de impugnación.

SEPTIMO.- El art. 99 apartado s) de la Ley del Mercado de Valores tipifica como infracción muy grave *"La realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos"*. A juicio de este Tribunal el precepto está tipificando dos infracciones: a) la

realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría al menos la comisión de una infracción muy grave; y b) la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos.

En cuanto al primero, porque puede considerarse que en ese contexto la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas no es sino un acto fraudulento que la norma quiere específicamente destacar. En cualquier caso, una y otra son infracciones que podrían haber acarreado la imposición de la correspondiente sanción, según lo dispuesto en el art. 102 de la misma Ley. La Resolución de 2 de Julio de 1.990 en su Considerando Segundo plantea claramente el problema, señalando que, una vez establecidos los hechos pasa a examinar si constituyen alguna de las conductas tipificadas en el precepto citado, indicando que comprende “tres comportamientos”: en el Considerando Tercero analiza como, si bien el conjunto constituye una “operación unitaria”, para completarla U.M., S.A. hubo de llevar a cabo en primer lugar una “suscripción de las acciones por los 484 inversores personas físicas” que no era sino una mera apariencia jurídica que dadas las imposiciones del folleto de la oferta pública de venta de acciones de REPSOL era imprescindible adoptar, para conseguir lo pretendido; la Resolución continúa analizando cómo se realizaron estos contratos de compraventa simulados para crear una apariencia de adquisición de los títulos frente a terceros, para finalmente poder transferirlos a los adquirentes en la aplicación a cambio convenido. La conclusión final es que, pese a que se han declarado probados unos hechos que incluyen la realización de todas y cada una de las conductas tipificadas en el art. 99 apartado s) de la Ley del Mercado de Valores, se impone una única sanción, solución que es la más favorable al expedientado, y en base a la cual no puede pretender la nulidad del expediente.

La citada resolución incluye el razonamiento de por qué a la vista de las diferentes sanciones previstas por el art. 102 de la repetidamente citada Ley 24/88, utilizando los criterios de graduación previstos en el art. 14 de la Ley 26/88 de 29 de Julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito al que se remite el art. 98 de la Ley del Mercado de Valores, se impone la sanción prevista en el apartado a) menos grave que la señalada en el apartado b) y considerado “mas adecuado a las circunstancias del caso”. De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de este motivo de recurso.

OCTAVO.- La actora, como colofón, alega que está protegida por la presunción de inocencia porque no hubo intencionalidad en su proceder, enmarcando tal alegación en que ha logrado evitar a los inversores extranjeros “el eminente perjuicio de un fracaso en el deseo de obtener acciones REPSOL”. Con ello, la recurrente pone meridianamente de manifiesto cuales fueron su intención y su beneficio en esta operación: burlar las condiciones de la oferta pública de acciones y dar satisfacción a sus clientes aún a costa de adquirir los títulos infringiendo la Ley. Con independencia de este “beneficio” que según declara inspiró directamente su proceder, obtuvo asimismo un beneficio económico, que ha servido de base para la cuantificación de la sanción.

De la relación de hechos, no impugnados ni negados por la actora, que contiene la Resolución de 2 de Julio de 1.990 resulta que se ha practicado prueba suficiente para considerar desvirtuada la presunción de inocencia de la recurrente, sin que sirva de excusa absoluta la alegada ilegalidad de la Oferta Pública de Acciones, que debió esgrimir en su momento por la correspondiente vía impugnatoria .

NOVENO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de U.M., S.A., S.V.B.) contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 15 de Enero de 1991 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por dicha entidad contra Resolución del mismo Ministerio de 2 de Julio de 1990, las cuales confirmamos por ser conformes a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.