

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

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

Recurso nº: 275/00  
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo  
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de septiembre de 1999, confirmada en reposición por otra del mismo Ministerio de 24 de enero de 2000  
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diez de abril de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 275/2000 que ante esta Sala de los contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don J. A. G. M. O., en su nombre y representación de Don G. M. V. R. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el día 22 de septiembre de 1.999, y la del mismo Ministerio de 24 de enero de 2000 en materia relativa a Sanción de multa por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 5 millones de pesetas (30.050,61 euros). Ha sido Ponentes la Magistrado Dña Mercedes Pedraz Calvo.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia anulando el acto administrativo impugnado y subsidiariamente, anulando la sanción de multa impuesta al recurrente.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, 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 respectivos 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 9 de abril de 2.003, en que se 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 la resolución dictada el día 22-IX-99 por el Ministro de Economía y

Hacienda en la que se resuelve el expediente sancionador seguido a, entre otros, Don G. M. V. R., hoy actor, por la comisión de una infracción del art. 99 letra s) de la Ley 24/88. de 28 de julio, del Mercados de Valores, y contra la Orden del mismo Ministerio que desestima el recurso de reposición contra la anterior.

La Orden de 22-IX-99 tiene la siguiente parte dispositiva:

*“1.- Imponer a “S. C. G., A.V., S.A.” por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas así como la intervención de operaciones sobre valores que implica simulación de las transferencias de la titularidad de las mismas, una sanción consistente en multa por importe de 15.000.000 de pesetas (Quince millones de pesetas).*

*3.- Imponer a Don G. M. V. R. como miembro del Consejo de Administración de “S. C. G., A.V., S.A.”, responsable de una infracción muy grave tipificada con la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas así como la intervención de operaciones sobre valores que implica simulación de las transferencias de la titularidad de las mismas, una sanción consistente en multa por importe de 5.000.000 de pesetas (CINCO MILLONES DE PESETAS)”*

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

TERCERO.- La actora alega, como primer motivo de impugnación, la nulidad de la orden impugnada por vulnerar el Art. 24 de la Constitución. Esta alegación genérica se concreta en los siguientes vicios causantes de nulidad: A) La información obtenida mediante la circularización de un cuestionario entre los clientes no tiene carácter de prueba; ausente tal carácter, no se ha practicado prueba de cargo con virtualidad para destruir la presunción de inocencia; la circularización se ha efectuado ocultando que era prueba en un expediente sancionador. B) Se le ha denegado la práctica de pruebas.

El examen del expediente administrativo pone de manifiesto que la circularización de un cuestionario entre los clientes no ha sido la prueba considerada de cargo por la Administración: las repuestas al cuestionario solo se han considerado después de “cruzar” la información derivada del mismo con la que obraba en la documentación de la mercantil expedientada, tanto los contratos con los clientes como los documentos en que quedaban reflejadas las operaciones y los simples documentos de identidad de los clientes.

En cuanto a la elaboración del cuestionario sin intervención de la empresa afectada y su distribución sin advertir que podía constituir prueba de cargo, la práctica de informaciones previas (en ocasiones denominadas “información reservada”) está prevista en el Reglamento que regula el ejercicio de la potestad sancionadora por la Administración, y el Tribunal Supremo ha señalado que es carente de fundamentación razonable exigir que la comunicación con un administrado (a quién solicita información como consecuencia de una denuncia, incluso del propio denunciado) deba ir precedida

de una advertencia sobre la eventualidad de que le pueda ser imputada una infracción, pues en ese momento de la información reservada la autoridad administrativa que la lleva a cabo carece aún de base para hacer imputación alguna, y es una vez concluida la investigación, cuando tal imputación puede hacerse.

En resumen: no cercena el derecho de defensa de la empresa investigada, luego expedientada y finalmente sancionada que por parte de los servicios de la CNMV no se avisara a los clientes a quién se remitió un formulario de que las contestaciones al mismo, si revelaban graves irregularidades, podrían constituir prueba indiciaria de la comisión de tales irregularidades, y acarrear la correspondiente sanción para quién resultase autor de las mismas, pues entra dentro de la lógica de las investigaciones de un órgano al que la Ley tiene encomendadas, entre otras, las funciones de supervisión e inspección, que si las mismas (las investigaciones) evidencian una infracción será sometido el infractor a expediente sancionador.

Por otra parte, la propia entidad afectada realizó su propio cuestionario que circularizo a un número de clientes que consideró oportuno, aportándolo para su unión al expediente, lo que si bien no constituye exactamente una intervención en la redacción del primer cuestionario si supone una prueba de parte contradictoria. Finalmente, se les dio traslado del resultado del cuestionario a fin de que realizaran alegaciones, lo que completa la garantía de su derecho de defensa en esta fase del procedimiento administrativo sancionador.

El Tribunal Constitucional ha establecido que no existe un derecho ilimitado a que la parte sometida a un proceso judicial vea acordada la práctica de cuantas pruebas proponga correspondiendo al Juzgador valorar la pertinencia de las mismas. En el marco del procedimiento administrativo sancionador, es igualmente aplicable tal principio, no constituyendo la indefensión denunciada el que por el instructor se denegase la práctica de prueba testifical. La parte no ha acreditado ni siquiera alegado que tal prueba era de descargo, ni considera este Tribunal que una declaración testifical pueda suplir la falta de acreditación documental sobre la puesta a disposición de fondos por un importante número de clientes a la entidad "S. C. G., A.V., S.A." para que los gestionase (como señala la Administración no se corresponda con la lógica ni es razonable, de un lado, que el gestionado no ponga a disposición del gestor una cartera que gestionar -provisión de fondos previa a la realización de actos de gestión, ni tampoco que el gestor no requiera información alguna al gestionado sobre sus objetivos de inversión, capacidad financiera etc.).

CUARTO.- El segundo motivo de recurso se fundamenta en la infracción del Art. 25 de la Constitución y el principio de tipicidad. Y ello porque A) no existe la infracción consistente en la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique la simulación de transferencias de la titularidad de los mismos; ni B) existe la infracción consistente en 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.

El Art. 99 letra s) de la Ley del Mercado de Valores contempla tanto 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, como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos. Como ya ha señalado esta misma Sala en anteriores sentencias, ello supone que el fin jurídicamente relevante consiste en la intención de conseguir la opacidad de unas determinadas conductas, bien para evitar el conocimiento del titular real o bien para ocultar una conducta infractora. Una vez atacado el bien jurídico protegido que es, no puede olvidarse, la transparencia del mercado de valores, mediante la conducta tipificada con la finalidad descrita, se ha consumado la infracción. En consecuencia, el hecho de que a algunos clientes se les anotaran en cuenta resultados de operaciones que no habían ordenado y desconocían por completo realizadas en su nombre no impide la comisión de la infracción.

Del número de clientes que hacen operaciones, de la falta de provisión de fondos, de la edad de los clientes, de todo el conjunto de circunstancias descritas en el acto administrativo impugnado y que se ha probado, resulta indiciariamente acreditada la conducta tipificada en el Art. 99 letra s) de la Ley del Mercado de Valores.

Concretamente cabe destacar: “– *La concentración de la operativa de la mayoría de los clientes (762) en acudir a OPVS con la venta simultánea de las acciones adjudicadas, y dentro de dicha operativa limitándose, en la mayoría de los casos (705), a una única OPV.*

*- Realización de dicha operaciones sin hacer en ningún momento aportación de efectivo o títulos (451), o con aportaciones insuficientes o posteriores (310), aportaciones que en su mayoría (233) no han superado las 25.000 pesetas.*

*- De 303 clientes de los que se ha examinado la documentación contractual, al menos 113 no superan los 25 años.*

*- En la circularización de un cuestionario realizada a los clientes, 122 contestan que “S. C. G., A.V., S.A.” no les requirió información alguna sobre su situación financiera, experiencia inversora y objetivos de inversión para la firma del contrato de gestión de carteras con esta Entidad”.*

La conclusión que resulta, a juicio de esta Sala, es la inexistencia en una gran parte de los clientes de “S. C. G., A.V., S.A.”, de voluntad real de comprar y vender valores en el seno de OPVs y la intención de prestar su identidad a “S. C. G., A.V., S.A.” para que ésta pudiera acudir con peticiones de títulos, por cuenta de terceros, a una serie de OPVs.

QUINTO.- Se alega en tercer lugar la desviación de poder, ya que habría existido una “solución prefigurada” del expediente, y se habría dado a la resolución impugnada una publicidad atípica.

Sin una configuración previa por los Tribunales, ya la Ley de la Jurisdicción de 1956 introdujo una referencia explícita a la desviación de poder como técnica de control de la actividad administrativa y de plenitud de garantía jurisdiccional: los Tribunales controlan la legalidad de la actuación de la Administración, y la legalidad no es sólo conformidad con los requisitos, formales y materiales, fijados claramente en las normas,

sino también adecuación y sometiendo al fin que justifica cada actuación administrativa y que está explícita o implícitamente señalado en el ordenamiento jurídico. La desviación de poder, desde esta primera formulación, es un vicio de la norma reglamentaria o del acto administrativo que consiste en el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los señalados en el ordenamiento jurídico. Lo que define a la desviación de poder no es otra cosa que el elemento teleológico y es eso lo que la distingue del género común de infracciones del ordenamiento jurídico. En este sentido, la propia Constitución hace eco de la desviación de poder en el art. 106.1, al señalar que los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican; concepto que incorpora también el artículo 70.2 LJCA.

En la aplicación concreta de esta doctrina jurisprudencial, la alegación de que se trató de una solución prefigurada o de una publicidad institucional no puede servir para justificar la presencia de una desviación de poder.

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

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala, 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 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, dependiendo de ellos los tres departamentos que conformaban el organigrama de la Entidad, ocupando un lugar de protagonismo dentro de los administradores de la persona jurídica, de manera que si no conoció las circunstancias reales de la actividad sancionadora 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.

En cuanto a la cuantía de las multas impuestas, como se señalaba más arriba, la aplicabilidad de los “principios” del Derecho Penal no llevan a la traslación lineal de todas las técnicas de aquella disciplina jurídica y, en lo que ahora interesa, de sus “reglas” (no principios) de determinación de las penas en razón a la mediación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. En este marco jurídico, basta para controlar la adecuación a derecho de la multa impuesta el razonamiento que realiza el acto impugnado.

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

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 G. M. V. R., contra las Ordenes dictadas por el Ministro de Economía y Hacienda los días 22 de septiembre de 1.999 y 24 de enero de dos mil, descritas en el fundamento jurídico primero 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.

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