

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE ABRIL DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 315/00
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. 315/2000 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don R. R. N. en nombre y representación de Don M. A. S. R. B., 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 Ponente 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 recuro, 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, termino 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, 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 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 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 M. A. S. R. B. hoy actor, por la comisión de una infracción del art. 99 letra s) de la Ley 24/88,

de 28 de julio, del Mercado 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 parta 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 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).

2.- Imponer a Don M. A. S. R. B. 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 del 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.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente es el relativo a la falta de prueba de los hechos por los que se sanciona, y el no tener en cuenta otros hechos que acreditan la existencia de contratos de gestión de cartera.

El Tribunal Supremo entre otras en la sentencia de 6-III-2000 reiterando doctrina anterior ha declarado que *"[...] el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial en un proceso pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; pues, de otro modo, ni la subsunción estaría fundada en Derecho ni habría manera de determinar si el proceso deductivo es arbitrario, irracional o absurdo, es decir, si se ha vulnerado, el derecho a la presunción de inocencia al estimar que la actividad probatoria puede entenderse de cargo."*

En consecuencia, sería suficiente demostrar un enlace preciso y directo entre el hecho base acreditado y la consecuencia a que conduce, para declarar, de conformidad con la doctrina establecida al efecto por el Tribunal Constitucional, que no se ha producido vulneración del derecho a la presunción de inocencia. En este concreto supuesto, el proceso deductivo, según las reglas del criterio humano, realizado en el acto del Ministro de Economía y Hacienda, no es arbitrario, caprichoso ni absurdo.

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 han 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 dichas 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.

Debe en consecuencia desestimarse el primer motivo de impugnación.

CUARTO.- En segundo lugar la actora alega 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) se lesionó el derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. B) se lesionó su derecho fundamental a la presunción e inocencia.

El Tribunal Constitucional (STC 89/86 entre otras) 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 corresponde con la lógica ni es razonable, de una lado, que el gestionado no ponga a disposición del gestor una cartera que gestionar, prohibición 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.

En cuanto a la lesión de su derecho a la presunción de inocencia, como ya se ha razonado en el fundamento jurídico anterior se ha practicado prueba de cargo suficiente para considerarla desvirtuada.

QUINTO.- Finalmente, se alega por el recurrente que la orden impugnada infringe el Art. 6 del R.D. 2119/93 porque el pliego de cargos no concretó los hechos imputados ni los imputó a cada uno de los presuntos responsables, porque el cuestionario fue nulo y porque se produjo una aplicación irregular del tipo de infracción. Se reitera nuevamente la infracción del art. 99 letra s) con remisión a la insuficiencia de los indicios, y de los arts. 14 y 15 de la Ley 26/88.

El Tribunal Supremo ha aclarado en su jurisprudencia que "No es convincente que solo sea posible la defensa si en el pliego de cargos se imputan hechos y se califican jurídicamente. Desde una perspectiva sustancial de posible defensa cual corresponde al derecho fundamental cuestionado, nada impide que el trámite se desglose en dos momentos: uno, de pura imputación de hechos, y otro, de calificación de los mismos, cuando en cada momento el imputado tiene la posibilidad de alegaciones en contrario. Ciertamente no puede negarse que se facilita la defensa, cuando desde el pliego de cargos se hace ya una determinada calificación jurídica.... Pero el que la defensa pueda ser mejor con tal calificación inicial, no implica que no sea posible sin ella, que es lo que cuenta desde la perspectiva del derecho fundamental del Art. 24.1 C.E. Por otra parte, no existe razón legal para entender que la propuesta de resolución deba tener como contenido propio y privativo la determinación de la sanción que deba imponerse, con lo que se pretende desplazar la calificación al pliego de cargos, tesis que no tiene en su aval ninguna norma concreta" (S.T.S. 17-XI-93).

En las presentes actuaciones se ha concretado por la Administración la conducta investigada, la tipificación de la misma en la Ley del Mercado de Valores, y la responsabilidad de los administradores, con especial concreción en el supuesto de las personas de los Consejeros Delegados, y en este caso concreto, del Presidente del Consejo y responsable de determinadas áreas de la actividad empresarial.

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 respuestas 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 exagerado y carente de fundamentación razonable exigir que la comunicación con un administrado (a quién se solicita información como consecuencia de una denuncia, incluso tratándose 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 solo 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 circularizó a un número de clientes que considero 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 le 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.

La alegada publicidad excesiva no ha sido negada, y a juicio de esta Sala constituye una circunstancia que no incide en la validez o invalidez de la resolución impugnada, al igual que la existencia de opiniones minoritarias discrepantes en el seno del Comité consultivo de la CNMV.

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.

SEXTO.- 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 M. A. S. R. B., 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.