

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE FEBRERO DE 2004

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª**

**Recurso nº:** 17/03  
**Ponente:** D. Manuel Vicente Garzón Herrero  
**Acto recurrido:** Sentencia de 6 de noviembre de 2002, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a diecisiete de febrero de dos mil cuatro.

VISTO por la Sección Segunda de la Sala Tercera de este Tribunal, integrada por los Excmo. Señores Magistrados anotados al margen, el recurso de revisión interpuesto por "S. B., A.V., S.A.", representada por el Procurador Don R.R.M., y bajo dirección de Letrado, contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de noviembre de 2002, dictada en el recurso contencioso-administrativo seguido ante la misma bajo el núm. 451/00, en materia de imposición de sanción, en cuya revisión aparece como parte recurrida, la Administración General del Estado, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 6 de noviembre de 2002 y en el recurso antes referenciado, dictó Sentencia con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Primero.- Desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. R.R.M., en nombre y representación de "A., A.V.B., S.A.", contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2000, por ser la misma ajustada a derecho. Segundo.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas".

**SEGUNDO.-** Contra la anterior sentencia, la representación procesal de la entidad "S. B., A.V., S.A." preparó recurso de revisión. Emplazadas las partes y remitidos los autos, el recurrente formuló escrito de interposición que se articula sobre la base del artículo 102.1 de la Ley Jurisdiccional. Terminó suplicando la estimación del recurso.

**TERCERO.-** Señalada, para votación y fallo, la audiencia del 3 de febrero pasado, tuvo lugar en esa fecha la referida actuación procesal.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL VICENTE GARZÓN HERRERO.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna, mediante este recurso de revisión, interpuesto por el Procurador Don R.R.M., en nombre y representación de la entidad "S. B., A.V., S.A." la sentencia de 6 de noviembre de 2002, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional por la que se desestimó el recurso 451/00 de los que se encontraban pendientes antes dicho órgano jurisdiccional.

El citado recurso había sido iniciado por la entidad "A., A.V.B., S.A." contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2000, en la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 26 de septiembre de 1999, por la que se acordaba: "I.- Imponer a "A., A.V.B., S.A.": 1) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c)

del art. 100 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registro oficiales, una sanción consistente en multa por importe de 2.000.000 pesetas (Dos millones de pesetas). 2) Por comisión de una infracción leve tipificada en el art. 101 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de las normas previstas en materia de información a los clientes, una sanción consistente en multa por importe de 500.000 pesetas (Quinientas mil pesetas). II.- Declarar la inexistencia de responsabilidad de Don A.R.G., Don A.R.D. y Don C.G.M.M., por todos los cargos que se le imputan en el presente expediente administrativo.” La actora negaba la existencia de infracción grave, aduciendo que se llevaba la contabilidad y que ésta reflejaba fielmente la situación de “A., A.V.B., S.A.” y en cuanto a la infracción leve, se señala, que no hubo ocultación, por cuanto no le resultaba aplicable a la misma obligatoriedad de comunicar a los clientes, prevista en la Circular de la C.N.M.V. 1/1988. Subsidiariamente, solicitaba que la infracción grave, sea reputada leve.

La sentencia de instancia desestimó el recurso contencioso y argumento del siguiente modo *“Fundamento Jurídico Segundo.- La recurrente aduce en su demanda, que llevaba fielmente la contabilidad; en periodo probatorio el dictamen pericial del profesor mercantil Sr. S.P., señala que las liquidaciones de “A., A.V.B., S.A.” con SCLV y MEF Renta Variable en forma diaria y sin incidencias de las operaciones de sus clientes son, junto con la llevanza al día de la contabilidad, la elaboración de auditorias de la Sociedad, la presentación mensual ante la CNMV de los balances mensuales cerrados, indicativos de que los saldos de la Sociedad, son acorde con la contabilidad de la Sociedad. Dicho Informe, opera en el terreno de la hipótesis sustentada por la actora, sin embargo ni del mismo, ni de sus alegaciones se desvirtúa el Informe técnico elaborados por la C.N.M.V., el cual pone de relieve que a 31 de mayo de 1998 las deficiencias contables detectadas en “A., A.V.B., S.A.”, impidieron justificar la realidad de sus saldos de clientes, así como la veracidad de su reflejo contable. Ciertamente hay un Informe de auditoria limpio a final de ejercicio, pero como dice el Informe técnico de la C.N.M.V. ello no cuestiona, ni deja sin contenido las deficiencias contables existentes a 31 de mayo de 1998. A mayor abundamiento, esa subsanación de las deficiencias contables es valorada en la resolución dictada, para rebajar la calificación de infracción muy grave a grave. El 31 de mayo de 1998, los saldos contables de “A., A.V.B., S.A.” no mantenían la necesaria correlación con la información contenida en los diferentes estados a rendir, ni con la derivada de sus registros auxiliares, impidiendo conocer la situación real de los saldos de los clientes de “A., A.V.B., S.A.” y la veracidad de su reflejo contable: las alegaciones de la recurrente, no desvirtúan hechos tales como el recogido a folio 1.026 del expediente, donde se constata que un asiento de enero, se ha corregido en septiembre –listado de 22 septiembre de 1998- o las explicaciones manuales sobre un apunte de 33.594 pesetas (folio 1038). Por lo demás, tampoco se ha desvirtuado que las diferencias entre listados sean de 1.724.959 pesetas. La actora se fija en este dato, para pedir con carácter subsidiario que la falta se reputa leve. Como ya se ha dicho, la subsanación de las deficiencias contables realizadas a final del ejercicio, determinó que la infracción se reputara grave y no muy grave y tal es la calificación que ha de mantenerse, quedando los hechos contemplados en el ámbito de la infracción grave tipificada en la letra c) del art. 100 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, antes descrita. Fundamento Jurídico Tercero.- Respecto a la infracción leve, que se estima cometida tipificada en el art. 100.m de la Ley 24/88 por incumplimiento de las normas previstas en materia de información de clientes, concretamente la información relativa a la titularidad de las inversiones realizadas para los mismos Fondos de Inversión extranjeros: “A., A.V.B., S.A.” dice, que cuando registra a su*

*nombre la inversión en el exterior, no está ocultando o silenciando información, pues, en el contrato que suscribe con ellos, se recoge dicha posibilidad, por lo que no sería necesario comunicar al cliente cada una de las inversiones, ya que la operativa de inversiones en el extranjero, impone según ella, la anotación de la inversión a nombre del intermediario en el país extranjero. Entiende que la Circular 1/1988 de 10 de junio de la C.N.M.V., reguladora de las cuentas abiertas a nombres de intermediarios financieros en el extranjero por sus clientes, no le era aplicable, por no estar en vigor, y sólo a partir de ésta, era obligatorio que los valores de los clientes que las Entidades sujetas depositen en otras Entidades que actúen como subcustodios y las garantías que constituyan en Entidades liquidadoras con fondos recibidos de los clientes, deberán realizarse en cuentas individualizadas abiertas a nombre de cada cliente, tanto si gestionan discrecionalmente sus carteras, como si ejecutaran sus órdenes directamente –Norma 12ª 1ª) párrafo 1º. Sin embargo, y aún cuando la Circular 1/1988 no fuera aplicable al realizarse la supervisión a “A., A.V.B., S.A.” el 4 de agosto de 1988, no puede, como bien dice la resolución impugnada, aceptarse que la simple mención en el contrato de gestión a que “A., A.V.B., S.A.” podría constituir depósitos a su nombre con los valores de los clientes no les permite a éstos conocer las inversiones concretas y el posible riesgo derivado de las mismas, si no hay información puntual al tiempo de realizar tales inversiones y más cuando éstas se hacían en fondos de inversión extranjeros”.*

No conforme con dicha sentencia la demandante alega que esa resolución ha sido obtenida mediante maquinación fraudulenta e interpone el recurso de revisión que decidimos.

**SEGUNDO.-** Las imputaciones que la recurrente formula contra la sentencia y que tienen su origen en actuaciones reprochables a la Administración son:

a) no incluir en la contestación una prueba documental que fue propuesta y admitida un determinado párrafo de una Resolución adoptada por la CNMV el 22 de septiembre de 1999.

b) omitir también en la contestación a la prueba documental propuesta “la documentación” aportada por “A., A.V.B., S.A.” en diferentes momentos durante el expediente administrativo de supervisión en la que –a juicio de la recurrente- justificaba y aclaraba todas y cada una de las diferencias de saldos individualizados de clientes.

c) obviar “*las explicaciones dadas por parte de la entidad de inversión a los inspectores referentes a la implantación de un nuevo programa informático que se adaptara a las nuevas necesidades y cambios producidos tanto en los mercados como en las actividades y servicios ofrecidos por la entidad a sus clientes*”.

d) no aportar, “*a fin de engañar una vez más a la Audiencia*” la documentación y el informe con las conclusiones del primer equipo inspector.

e) no haber justificado la norma jurídica que permitía sancionar a la recurrente por no informar a su clientela sobre que no ostentaba directamente la titularidad de las inversiones y haber ocultado que era práctica conocida, generalizada y aceptada por la Comisión que las entidades de inversión española que comercializaban Fondos de Inversión domiciliados en el extranjero, en lugar de invertir directamente a nombre de

los clientes y hacerlos titulares de su inversión, crear *“cuentas globales [cuentas ómnibus] a nombre de un solo titular, generalmente la propia entidad”*.

f) que la *“CNMV, ante la Audiencia Nacional, aprovechando las suspicacias despertadas por el caso” A. V., A.V., S.A.” . y para confundir al tribunal intenta asimilar o identificar ambos supuestos”*.

g) no haber reconocido en su contestación de fecha 13.03.2001, en período de prueba, *“la anulación de las cartas circulares, reconociendo su existencia”*.

**TERCERO.-** Los principios que rigen el recurso de revisión, cuando se alegan maquinaciones fraudulentas para obtener la sentencia impugnada, son los siguientes:

a) Que se haya llevado a cabo una irrefutable demostración de que se ha llegado al fallo recurrido por medio de ardides, argucias o artificios, dolosos e intencionados, encaminados a impedir la defensa de la otra parte.

b) Que tales maquinaciones hayan torcido erróneamente al voluntad del juzgador.

c) Que no es factible identificar, sin más, la maquinación con un vicio del procedimiento, por grave que parezca, o con el simple quebrantamiento de las formas del juicio, siquiera sean las esenciales, y cuya omisión provoque la indefensión, para las cuales no existe este medio impugnatorio rigurosamente extraordinario, sino el régimen de los recurso ordinarios y demás vías impugnatorias (si son todavía factibles).

e) Que la maquinación ha de deducirse de hechos ajenos al proceso y ocurridos fuera del mismo, y no de los alegados y discutidos en él, es decir, que su fundamento ha de hallarse en motivaciones extrínsecas al pleito y determinantes, por tanto, de vicios trascendentales a su devenir procedimental normal –con lo cual se diferencia la revisión de la casación: en que los errores que motivan ésta son errores immanentes al proceso.

f) Que del mero hecho de que, según el recurrente, la sentencia de instancia no verificara una correcta interpretación de las pruebas practicadas en el litigio, y llegase a una solución aparentemente atemperada al resultado dimanante de las mismas y/o al ordenamiento jurídico en principio aplicable, no es dable deducir que la resolución se haya logrado injustamente por ardides o artificios –cuya presencia ha de ser la base para que se pueda imputar al favorecido por el pronunciamiento judicial la maquinación fraudulenta-.

**CUARTO.-** Visto, de un lado, el razonamiento de la sentencia, y, de otro, las condiciones necesarias para apreciar la maquinación fraudulenta imputada, y la doctrina establecida para su estimación es evidente la improcedencia de la demanda pues lo que la recurrente pretende es una revisión de la valoración de la prueba realizada por la Sala de Instancia. Efectivamente, la Sala de Instancia acepta la consecuencia de la infracción grave por entender que han quedado probados los vicios contables de la contabilidad del sancionado. De otra parte, y con respecto a la infracción leve, que las inversiones en los fondos extranjeros debían ser comunicadas a los clientes, con independencia de que la Circular 1/1988 estuviera o no vigente.

El recurrente no ha, ni siquiera, intentado probar las actuaciones constitutivas de la maquinación fraudulenta llevada a cabo fuera del proceso y con incidencia en él. Es decir, las tretas y ardidés seguidos por quién venció en el juicio y que dieron lugar a inclinar en determinado sentido (contrario a sus intereses) la voluntad del juzgador.

**QUINTO.-** Lo razonado comporta la desestimación del recurso de revisión, con expresa imposición a la recurrente, todo ello con pérdida definitiva del depósito constituido a que obliga el artículo 102.2 de la LJCA 29/1998, en relación con el 516.2 de la LEC 1/2000.

En su virtud, en nombre el Rey y en el ejercicio de la potestad de juzgar que, emanada del pueblo español, non confiere la Constitución.

## **FALLAMOS**

Que debemos, declarar y declaramos, no haber lugar al recurso de revisión formulado por "S. B., A.V., S.A.", contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 6 de noviembre de 2002, recaída en el recurso contencioso-administrativo al principio reseñado. Se acuerda la pérdida definitiva del depósito constituido a los efectos de este recurso. Todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la recurrente.

Así por nuestra sentencia, que se publicará en la Colección que edita el Consejo General del Poder Judicial lo pronunciamos, mandamos y firmamos.