

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE NOVIEMBRE DE**  
**2003**

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

**Recurso nº:** 622/00  
**Ponente:** D. José Mª del Riego Valledor  
**Acto impugnado:** Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de marzo de 2000  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a cinco de noviembre de dos mil tres.

Vistos el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, bajo el número 622/2000, se tramita, a instancia de "F. G., S.A.", Don M. B. y Dña Y. G. R., representada por la Procuradora Dña. M. D. M. C., contra Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 8 de marzo de 2000, sobre sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por Sr. Abogado del Estado, constituyendo la cuantía del presente recurso el importe de las sanciones impuestas, de 1.442.429,05 euros (240 millones de pesetas) a la demandante "F. G., S.A.", y de 150.253,03 euros (25 millones de pesetas) a cada uno de los otros dos demandantes.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 19 de mayo de 2000, y la Sala, por providencia de fecha 23 de mayo de 2000, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

**TERCERO.-** Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo.

Por providencia de 4 de septiembre de 2003 se acordó oír a las parte sobre si concurría la causa de inadmisibilidad de haberse interpuesto el recurso fuera de plazo. El Abogado del Estado presentó sus alegaciones en escrito de 19 de septiembre de 2003, y la parta actora mediante escrito de 30 de septiembre de 2003.

**CUARTO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M<sup>a</sup> del Riego Vallador.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 8 de marzo de 2000, por la que se imponían a los recurrentes multas de diversa cuantía por infracciones de la legislación del Mercado de Valores, consistentes en haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, mediante el desarrollo habitual de actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado internacional de Divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización, ni hallarse inscrita la sociedad en los correspondientes registros administrativos.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en su recurso: a) que la Ley del Mercado de Valores ha transpuesto parcialmente al derecho interno las Directivas 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993 y 93/6/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 2003, e incluso contiene disposiciones contrarias a las indicadas directivas, lo que acarrea su nulidad, así como la del procedimiento sancionador en que se aplicaron sus disposiciones, b) caducidad del procedimiento sancionador, c) infracción por la CNMV del derecho de defensa y desviación de poder, d) infracción de la presunción de inocencia, e) vulneración del derecho a la prueba, y e) falta de imparcialidad por la instructora del expediente Dña. M. T. M.

El Abogado del Estado contesta que no existe la falta de correspondencia invocada por la actora entre el ordenamiento comunitario y el español, que además carecería de toda trascendencia respecto de la legalidad y corrección de la resolución impugnada, no existe caducidad, pues el plazo para dictar la resolución en el expediente fue suspendido a instancia de los propios recurrentes, que no existe infracción del principio de defensa, pues las diligencias preparatorias no exigen la advertencia de una posible apertura posterior de expediente sancionador y que ha existido una prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia.

Tras la providencia de la Sala en la que se plantea a las partes si el recurso fue o no presentado en plazo, el Abogado del Estado considera que el recurso fue presentado fuera de plazo y, por tanto, debe ser declarado inadmisibile, mientras que los recurrentes mantienen que el recurso fue presentado en el plazo de los 2 meses contados desde el día siguiente al de la notificación del acto, esto es, fue presentando el último día del plazo y, por ello, dentro de plazo.

**TERCERO.-** Examinamos en primer lugar la cuestión de la presentación en plazo del recurso.

El artículo 46.1 LJCA establece que, tratándose de actos expesos, el plazo para interponer el recurso contencioso administrativo será de dos meses contados a partir del día siguiente al de la notificación del acto que ponga fin a la vía económico administrativa.

En este caso la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda fue notificada el 21 de marzo de 2000 y el recurso contencioso administrativo fue presentado ante el Juzgado

de Guardia de Madrid el día 18 de mayo de 2000, que lo remitió a esta Sala donde fue registrado de entrada el 19 de mayo de 2000. Al no haber transcurrido el plazo de 2 meses entre el día siguiente al de notificación, el 22 de marzo de 2000, y la fecha entrada en la Sala, el 19 de mayo siguiente, el recurso debe considerarse presentando dentro del plazo.

El dato que llevó a la Sala a cuestionarse la presentación en plazo del recurso fue que los propios recurrentes, en su escrito de interposición, manifiestan que el recurso les fue notificado el 17 de marzo de 2000 y, si hubiera sido así, la interposición el 19 de mayo de 2000 (o incluso el 18 de mayo) se encontraba fuera del plazo de 2 meses. Sin embargo, revisado el expediente administrativo, se comprueba que la fecha de la notificación manifestada por los recurrentes era errónea, y que la Resolución realmente se notificó en la fecha que ha sido de 21 de marzo de 2003 (hojas finales sin foliar del TOMO XXI del expediente).

**CUARTO.-** La primera cuestión que plantea la demanda es la contradicción entre las Directivas 93/6/CEE del Consejo, de 15 de marzo de 1993 y 93/22/CEE del Consejo, de 10 mayo de 1993, y nuestro derecho interno, que en su opinión obliga a plantear por esta Sala la cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea, así como a considerar nulo el acuerdo de incoación del expediente sancionador, pues se apoya en disposiciones contrarias al derecho comunitario.

Los dos puntos concretos sobre los que la recurrente considera necesario el planteamiento de la cuestión prejudicial son: a) de acuerdo con el artículo 3 de la Directiva 93/6/CEE, el capital social mínimo para constituir una empresa de servicios de inversión es el de 125.000 euros, mientras que la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, de modificación de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), se establece la cantidad de 901.518,16 euros para constituir una Agencia de Valores, y b) la Ley 37/98 mantiene un "numerus clausus" de servicios de inversión (Sociedad de Valores, Agencias de Valores y Sociedades Gestoras de Carteras), mientras que la Directiva 93/22/CEE consagra la libertad de elección del servicio de inversión.

Empezando por el último punto, la Directiva 93/22/CEE y la LMV contienen definiciones similares de las empresas de servicios de inversión, que son aquellas entidades cuya actividad principal consiste en prestar servicios de inversión, con carácter profesional, a terceros (artículos 1.2 de la Directiva y 62.1 LMV). Y lo más importante, coinciden también en el catálogo de los servicios de inversión y actividades complementarias que pueden llevar a cabo tales empresas (Secciones A y C del Anexo de la Directiva 63, 1 y 2 LMV).

El artículo 3 de la Directiva 93/22/CEE, después de establecer que cada Estado miembro deberá supeditar a una autorización el acceso a la actividad de las empresas de inversión, añade que en la autorización se especificará qué servicios de inversión de los contemplados en la Sección A del Anexo podrá prestar la empresa. Por tanto, no existe una imposición para que todas las empresas puedan desarrollar todos los servicios de inversión, sino que se prevé expresamente distintas clases de autorización en relación con los servicios que se autorizan, o si se quiere, diversas categorías –por razón de su actividad- de las empresas de servicios de inversión, sin preestablecer la norma comunitaria tampoco ni un número mínimo ni uno máximo de categorías o clases de

empresas de servicios de inversión. Esta distinción entre empresas con distinto campo de actuación dentro de los servicios de inversión se desarrolla en nuestro derecho interno por el artículo 64 LMV, que prevé 3 clases de empresas de servicios de inversión, en atención a las actividades que tales empresas de servicios de inversión están autorizadas a prestar. Por tanto, no aprecia la Sala ninguna contradicción entre el derecho comunitario y nuestro derecho interno en este extremo.

Tampoco existe defecto alguno de trasposición al derecho interno de la Directiva 93/6/CEE, en cuanto al capital inicial de las empresas de inversión que establece su artículo 3 en 125.000 euros, pues el artículo 1.2 de la misma Directiva advierte que todo Estado miembro podrá exigir a las empresas de inversión por él autorizadas requisitos adicionales o más estrictos.

**QUINTO.-** Pero lo determinante en este caso, en relación con la cuestión prejudicial que interesa el recurrente, no es tanto si existe o no contradicción entre el derecho comunitario y el derecho interno, que ya se ha visto que en opinión de la Sala no existe, sino que la interpretación de las normas de derecho comunitario sobre las que el recurrente propone el planteamiento de la cuestión prejudicial no guarda relación con el objetivo del presente litigio. Y que la interpretación cuestionada del Derecho comunitario guarde relación con el objeto del litigio es un requisito imprescindible para formular ante el TJCE una petición de decisión prejudicial, como ha recordado el propio TJCE su sentencia de 21 de noviembre de 2002, apartado 27 (asunto C-356/00) y en las que allí se citan.

En efecto, en este recurso se ha de tratar sobre la conformidad a derecho de las sanciones impuestas a los recurrentes, por haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistentes en el desarrollo habitual de actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones de Mercado de Divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización, ni hallarse inscrita la sociedad en los correspondientes servicios administrativos. Y ninguna relación guarda con los hechos descritos la alegada por el recurrente, y no compartida por la Sala, de deficiente trasposición al derecho interno de los dos preceptos de la Directivas 93/6/CEE y 93/22/CEE, que se han citado.

**SEXTO.-** Mantiene el recurrente que ha existido caducidad del procedimiento sancionador por haber excedido del plazo máximo de 6 meses.

Sin embargo, no es ese el plazo al que debe sujetarse la tramitación de los expedientes sancionadores por infracción de las disposiciones de la LMV.

Es cierto que el artículo 42.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC) establece un plazo máximo de 6 meses para notificar la resolución expresa que ponga fin a un procedimiento, pero basta comprobar la inclusión de tal precepto dentro del Título IV, *"de la actividad de las Administraciones Públicas"*, para conocer que estamos ante una norma general, que se refiere a cualquier clase de procedimiento administrativo, que debe ceder ante la norma específica existente en materia de procedimiento sancionador.

Con rango de Ley, el artículo 98.1 LMV indica que en materia de procedimiento sancionador, resultará de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), “...y su desarrollo reglamentario...” Precisamente en desarrollo del Título de la LRJAP-PAC se dictó el RD 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre Procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros. Su Exposición de Motivos explica que existen importantes singularidades en la instrucción de los procedimientos sancionadores en los que los inculpados son sujetos que actúan en los mercados financieros, entre otras su alto grado de complejidad, que justifican esa regulación específica respecto del procedimiento sancionador común, establecido en el RD 1398/1993, de 4 de agosto.

El artículo 1 del RD 2119/1993 indica que regula las especialidades para el ejercicio de las potestades sancionadoras atribuidas por diversas disposiciones, entre ellas, la LMV.

El artículo 2.1 del RD 2119/93 establece que el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de 1 año a contar desde la adopción del acuerdo de incoación. En nuestro caso, como el acuerdo de incoación es de fecha 19 de mayo de 1999 (notificada el 25 de mayo de 1999; folios 6649 a 6655 del Tomo XIX) la Resolución sancionadora que puso fin al expediente, de 8 de marzo de 2000 (se notificó el 21 de marzo de 2000), es evidente que la Administración no ha superado el citado plazo de 1 año.

**SÉPTIMO.-** La Sala, por las razones expuestas, considera aplicable al procedimiento sancionador seguido contra los recurrentes el plazo de 1 Año previsto en el artículo 2.1 del RD 2119/93, que se acaba de citar.

Pero aún en la tesis del recurrente, de aplicación del plazo general de 6 meses previsto por el artículo 42.2 LRJAP-PAC, tampoco podría aceptarse que se ha producido la caducidad, si tenemos en cuenta que: a) el plazo para resolver el expediente fue ampliado por 3 meses, en Resolución de 13 de julio de 1999 (folios 6825 a 6829 del Tomo IXI), de acuerdo con lo previsto por el artículo 49.1 LRJAP-PAC. La facultad de prórroga se ejercitó motivadamente, se justifica por el volumen y complejidad del expediente, que resulta de la abundante documentación unida al mismo (XXI tomos), y fue oportunamente notificada a los interesados, b) reiterada y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otras en sentencias de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002/3125), 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002/4823) y 9 de abril de 2002 (RJ 2002/3458), sostiene que para declarar la caducidad es preciso que se cumpla el plazo máximo previsto para el procedimiento –en este caso, en la tesis del recurrente, 6 meses, ampliando a otros 3- más otros 30 días desde el vencimiento el plazo, y c) las fechas inicial y final del cómputo de este plazo serían las de la resolución de incoación del procedimiento sancionador y la de la resolución final, o si se quiere, las fechas de sus respectivas notificaciones, como admiten la STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001/5740), y en relación con ella, la STC 52/03, de 17 de marzo, que admiten como “dies a quo” la fecha de notificación del acuerdo de incoación del expediente, si se tiene en cuenta, lógicamente, como día final del cómputo también el de notificación de la resolución final.

Así, bien tengamos en cuenta las fechas de incoación del expediente y la resolución final, esto es, las fechas de 19/5/99 y 8/3/2000, o las fechas de notificación de dichos actos, que son 25/5/99 y 21/3/2000, en ninguno de los casos transcurre el plazo ampliado de 9 meses, más los 30 días siguientes, precisos para declarar la caducidad del procedimiento.

**OCTAVO.-** Consideran los recurrentes que la Resolución impugnada infringe el derecho de defensa y la presunción de inocencia consagrados en el artículo 24 CE e incurre en desviación de poder, porque admite como prueba el resultado de la diligencia de constancia de hechos efectuada el 29 de abril de 1999 por Inspectores de la CNMV en el domicilio de "F. G., S.A.", cuando todavía no se había incoado el expediente sancionador.

La diligencia de constancia de hechos a que se refiere la demanda se encuentra en los folios 2126 a 2129, Tomo VI, del expediente administrativo. En tal diligencia, los inspectores de la CNMV hacen constar que se personaron en la sede de "F. G., S.A.", y formularon a Dña. Y. G. R., en calidad de Directora de dicha entidad, determinadas preguntas en relación con las actividades desarrolladas por la compañía que dirigía en los Mercados de Valores. Las preguntas fueron las siguientes: 1) descripción de la actividad de la compañía, 2) identificación de los intermediarios financieros, 3) medios utilizados para la captación de los clientes y forma de gestión de sus inversiones y de liquidación, y 4) medidas adoptadas por "F. G., S.A.", para dar cumplimiento a un requerimiento de la CNMV sobre el cese de las actividades desarrolladas por la Compañía hasta obtener, en su caso, la oportuna autorización. Dichas preguntas fueron respondidas por la Directora de la Compañía, y preguntas y repuestas quedaron recogidas en el acta citada, que fue firmada por los Inspectores de la CNMV y la Directora de "F. G., S.A."

Tal actuación administrativa se encuadra en el régimen de supervisión e inspección de las empresas de servicios de inversión, que por el artículo 84 LMV se encomienda a la CNMV. En este sentido, el artículo 85 LMV establece que la CNMV podrá recabar de las empresas de inversión y demás entidades reguladas por la LMV *"...cuantas informaciones estime necesarias sobre las materias objeto de esta Ley..."* Sin duda de ninguna clase, las preguntas que los inspectores de la CNMV formularon a la Directora de "F. G., S.A." se refieren a su actuación en los Mercados de Valores y encuentran su base en el ejercicio de las funciones de supervisión e inspección que la LMV encomienda a la CNMV.

La posibilidad de realizar actuaciones previas a la incoación de un procedimiento sancionador está prevista expresamente en el artículo 12.1 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que es de aplicación supletoria en este caso, por disposición del artículo 1.3 del RD 2119/93.

Indica efectivamente el citado artículo 12.1 del RD 1398/93 que con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros.

Desconocer la posibilidad de tales, actuaciones previas y seguir la tesis de los recurrentes que sólo admiten lo actuado una vez incoado el procedimiento sancionador, aparte de vaciar el contenido de las facultades inspectoras reconocidas a la CNMV por el artículo 85 LMV, llevaría al contrasentido de que la CNMV, para dar cumplimiento a sus funciones de supervisión e inspección, tendría que incoar expedientes sancionadores a las entidades que actúen en los mercados de valores, prácticamente al azar, esto es, sin conocer si concurre circunstancias que los justifiquen.

Y por lo que se refiere a la forma en que se efectuaron las declaraciones de la Directora de "F. G., S.A." en el marco de la actuación de inspección de la CNMV, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de arzo de 1996 (RJ 1996/2770), señala que el requerimiento de información formulado por la CNMV no precisa ir precedido de una advertencia sobre la eventualidad de una imputación por una infracción y que, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa, no resulta convincente que esa falta de advertencia reste posibilidades de defensa a los recurrentes.

**NOVENO.-** Por lo que se refiere a la infracción de la presunción de inocencia, en el expediente administrativo se ha reunido material probatorio suficiente para acreditar que los recurrentes han realizado actividades de recepción y transmisión de ordenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas, sin haber obtenido la correspondiente autorización.

Estas conclusiones fácticas, que la Sala comparte, proceden de las manifestaciones de la Directora de "F. G., S.A.", recogidas en el acta ya citada del 29 de abril de 1999, que al responder a la primera pregunta manifiesta que reciben órdenes de los clientes y las transmiten a un intermediario suizo, y en respuesta a la cuarta pregunta añade que desde la fecha del requerimiento de la CNMV sobre el cese de actividades hasta obtener autorización han seguido captando clientes y realizando las actividades sobre las que se requirió el cese.

Pero el material probatorio reunido en el expediente sancionador no se limita a estas manifestaciones de la Directora de "F. G., S.A.". En el expediente obran: a) documentos de autorización y aperturas de cuenta (folios 15, 16 y 172 del Tomo I), b) ordenes de clientes (folios 31 a 49 y 131 a 151 del Tomo I y 2270 y siguientes del Tomo XV), c) mandatos del cliente para la prestación de servicios por "F. G., S.A." (folios 60 a 63 del Tomo I y 1781 a 1782 del Tomo V), d) informa del broker inglés "I. .G Index plc", reconocimiento que "F. G., S.A." transmite órdenes (folio 200, apartados 8 y 10 del Tomo I), e) información remitida por "F. G., S.A." a la CNMV sobre su forma de actuar, en el que indica que los clientes comunican sus órdenes de compra y venta de dividas a "F. G., S.A.", que la transmite al broker para su ejecución (folio 256 del Tomo I), f) contrato con el broker "C. F. M.", en el que el cliente autoriza a "F. G., S.A." a transmitir instrucciones (folio 1449, apartado 4, 6 y 9, del Tomo IV), g) pagos de comisiones –del 6% de la cantidad invertida por el cliente- del broker a "F. G., S.A." (folios 1460 a 1532 del Tomo IV), h) contratos de "F. G., S.A." con los broker (folios 1653 a 1752 del Tomo V), i) organigrama de "F. G., S.A.", por ella confeccionado, en el que se indica que su Departamento de Análisis lleva a cabo operaciones por cuenta del cliente (folio 1861 del Tomo V).

Finalmente, en las respuestas a la propuesta de resolución (folios 7289 a 7293 del Tomo XXI), los hoy demandantes admitieron la certeza de los hechos probados contenidos en la propuesta de resolución, en sus apartados primero a octavo, y en el apartado tercero de dichos hechos probados (folios 7252 y 7253 del Tomo XXI) se hizo constar expresamente, en cuanto al sistema de actuación de "F. G., S.A.", que el cliente comunicaba sus órdenes de compra y venta de divisas a un analista del Departamento de Análisis de "F. G., S.A.", que se ocupaba de transmitir esta orden al broker para su ejecución.

Todo este material probatorio es suficiente para deshacer la presunción de inocencia de que gozan los imputados y lleva a la Sala a tener acreditado, como ya se ha dicho, que los recurrentes realizaron, sin haber obtenido la necesaria autorización, actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistentes en el desarrollo habitual de la actividad de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de su clientes, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas.

**DÉCIMO.-** Exponen los recurrentes que se ha vulnerado el derecho a la prueba, porque la CNMV no admitió la propuesta consistente en declaraciones de las 5 personas siguientes: a) de Don C. M. y Dña. L. H., directores del Departamento Comercial y de Atención al Cliente de "F. G., S.A.", b) de Don M. B. y Dña. Y. G. R., hoy demandantes, y c) de Dña M. T. M. R., instructora del expediente.

En el escrito de proposición de prueba, los recurrentes no explican que hechos pretendían acreditar con las declaraciones propuestas, y las instructoras del expediente, por providencia motivada, de fecha 20 de julio de 1999 (folios 6859 a 6869 del Tomo XIX) rechazaron las pruebas propuestas por innecesarias.

Debe señalarse que la denegación de la prueba consistente en recibir declaración a Don C. M. y Dña. L. H., directivos de "F. G., S.A.", no ocasionó ninguna clase de indefensión, pues en la misma providencia que se deniega, se ofreció a los demandantes la alternativa de remitir al expediente las declaraciones de las dos personas citadas, lo que efectivamente así hicieron en relación con las manifestaciones de Dña. L. H., que quedaron incorporadas al expediente (folio 7312 del Tomo XXI).

La innecesariedad de las declaraciones de esto directivos de "F. G., S.A." queda también de manifiesto porque en el presente proceso contencioso administrativo, en que los recurrentes han gozado de plena libertad para proponer las pruebas que les interesaran, y en el que todas las propuestas fueron admitidas, no propusieron las declaraciones testificales de estas personas.

Por lo que se refiere a las declaraciones de los hoy demandantes Don M. B. y Dña. Y. G. R., desde luego no tienen la consideración de terceros respecto del procedimiento sancionador, que puedan ser llamados a él como testigos o peritos. En cualquier caso, tampoco existe indefensión por la denegación de estas declaraciones, porque los recurrentes han dispuesto de numerosas oportunidades, a lo largo del expediente, para efectuar las manifestaciones o aportar la documentación que les pareciera oportuna. Ya en el acuerdo de incoación del expediente se les hizo saber que tenían derecho, en cualquier momento del procedimiento, a formular alegaciones aportar documentos, y

posteriormente han sido oídos en su contestación al Pliego de Cargos y en el trámite de audiencia posterior a la propuesta de resolución.

En cuanto a las declaraciones de Dña. M. T. M. R., es lo cierto que era la instructora del expediente, y como señala la providencia de denegación de prueba, sus manifestaciones, tanto sobre los hechos como sobre sus consecuencias jurídicas, quedan incorporadas al expediente a través de la correspondiente propuesta de resolución.

**UNDÉCIMO.-** Alegan también los recurrentes que concurría la causa de abstención del artículo 28.2 d) LRJAP-PAC, consiste en haber tenido intervención como testigo en el procedimiento, en la Instructora Dña. M. T. M. R., y que a pesar de haber promovido su recusación, esta fue desestimada.

Efectivamente, la Instructora Dña. M. T. M. R. fue recusada por escrito de 11 de noviembre de 1999 (folios 7289 a 7306 del Tomo XXI), posterior a la propuesta de resolución que formularon las instructoras el 4 de octubre de 1999. Quiere decirse, que los recurrentes, que conocieron el nombre de las instructoras del expediente desde la notificación del acuerdo de incoación, de 19 de mayo de 1999, esperaron sin embargo a que la instructora finalizara prácticamente su trabajo, para alegar la concurrencia de una causa de abstención.

Consideran los recurrentes que la citada instructora debía haberse abstenido por la causa expresa en la letra d) del artículo 25.2 LRJAP-PAC, al haber tenido intervención como testigo en el procedimiento.

Sin embargo, la intervención de la instructora, que es una inspectora de la CNMV, en la diligencia de constancia de hechos efectuada el 29 de abril de 1999, no es propiamente la de un testigo. No existe una versión de los hechos aportada al expediente por un testigo, sino que la diligencia de constancia de hechos está firmada por la propia declarante, la Directora de "F. G., S.A."

Además de no haber actuado como testigo, debe tener en cuenta que, a diferencia de lo que ocurre en el proceso judicial, en el procedimiento administrativo la actuación de funcionarios en los que concurren motivos de abstención no implica necesariamente la invalidez de los actos en los que hayan intervenido, como señala el artículo 28.3 LRJAP-PAC, y como ha sido precisado por la jurisprudencia, así sentencias del TS de 16 de octubre de 1989 (RJ 1989/7370) y 1 de octubre de 2002 (RJ 2002/9450), por lo que lo que habrá que examinar la influencia del motivo de abstención en la formación de voluntad del órgano que instruye o resuelve el expediente.

En este caso, si se admitiera que la actuación de la instructora en la diligencia de constancia de hechos de 29 de abril de 1999 lo fue en calidad de testigo, lo que la Sala no comparte, debería también admitirse la nula trascendencia de dicha intervención en relación con lo actuado en el expediente, pues las manifestaciones que efectúa la Directora de "F. G., S.A." ante los Inspectores de la CNMV, acerca de la actividad que desarrollaba la empresa, resultan acreditados por numerosos documentos aportados al expediente, incluso con anterioridad a la fecha de la diligencia de constancia de hechos,

que acreditan que esa empresa no se limitaba a asesorar a sus clientes, sino que también recibía y transmitía sus órdenes relacionadas con operaciones del Mercado Internacional de Dividas.

**DUODÉCIMO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "F. G., S.A.", Don M. B. y Dña Y. G. R., contra Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 8 de marzo de 2000, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.