

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE JUNIO DE 2007

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

Recurso nº: 9314/04  
Ponente: Don Manuel Campos Sánchez –Bordona  
Acto Impugnado: Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 26 de julio de 2004  
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a trece de Junio de dos mil siete.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 9314/2004 interpuesto por Don J.A.G., representado por la Procurador D<sup>a</sup>. P.G.V., contra la sentencia dictada con fecha 26 de julio de 2004 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 893/2001, sobre sanción en materia de mercado de valores; es parte recurrida la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Don J.A.G., interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 893/2001 contra la desestimación por silencio administrativo del recurso de reposición presentado contra la Orden Ministerial de 12 de diciembre de 2000 que resolvió el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y acordó:

“[...] Imponer a Don J.A.G., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores, por haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión (desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores, sin haber obtenido la preceptiva autorización y hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos), una multa de 50.000.000 de pesetas (cincuenta millones de pesetas)”.

**SEGUNDO.-** En su escrito de demanda, de 30 de noviembre de 2001, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia que “anule la sanción impuesta en virtud de la Orden Ministerial referida por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a mí representado, Don J.A.G.”. Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 12 de diciembre de 2002, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia “por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho”.

**CUARTO.-** No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 26 de julio de 2004, cuya parte dispositiva es como sigue: “FALLAMOS: Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don J.A.G., y en nombre y representación la Procuradora Sra. D<sup>a</sup>. P.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre resolución del Ministerio de

Economía de fecha 12 de diciembre de 2000, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas”.

**QUINTO.-** Por Auto de 6 de septiembre de 2004 la Sala acordó: “Se procede a la subsanación del error padecido en el fundamento jurídico quinto de la sentencia dictada el 26 de julio de 2004 en el recurso 893/2001, pues donde dice ‘...la estimación parcial...’, debe decir ‘...la desestimación...’”

**SEXTO.-** Con fecha 10 de noviembre de 2004 Don J.A.G., interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 9314/2004 contra la citada sentencia, al amparo de un motivo único, suscitado al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que se subdivide en cinco apartados. A lo largo de éstos se invocan como infringidos tanto “la letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores”, como “la normativa vigente”, la Ley 37/1998, de reforma de la Ley de Mercado de Valores y el “artículo 105.a) de la Ley 24/1998”.

**SÉPTIMO.-** El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con costas.

**OCTAVO.-** Por providencia de 27 de febrero de 2007 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 5 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. Don MANUEL CAMPO SÁNCHEZ-BORDONA, Magistrado de Sala

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 26 de julio de 2004, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. J.M.A.G., contra la Orden del Ministerio de Economía de 12 de diciembre de 2000 que, al resolver el expediente incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, le impuso una multa de 50.000.000 de pesetas (cincuenta millones de pesetas).

La sanción fue impuesta al considerar el Ministerio de Hacienda que el recurrente, en cuanto apoderado del administrador único de la sociedad, había realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión (desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes de inversores) sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse aquella inscrita en los correspondientes registros administrativos.

La conducta fue calificada como una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99, por incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el apartado 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores.

El presente recurso de casación es similar al que, bajo el número 9618/2004, interpuso en su día otro de los sancionados (Don R.C.C.) contra la sentencia de la Sala de la Audiencia Nacional de 8 de septiembre de 2004, posterior a la aquí impugnada.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia confirmó el ajuste a Derecho de la resolución impugnada. En el fundamento jurídico segundo de la sentencia consideró como probados los siguientes hechos:

“A) Al margen de otras actividades desarrolladas en el sector financiero y consultoría, la entidad “G.C., S.A.” desarrolló tareas de captación de clientes para Formula Investment House y transmisión de ordenes, en relación a cuatro de los siete clientes con los que contaba al tiempo de levantar el acta de constancia de hechos, que guardan relación esencial sobre ciertos productos financieros sobre los que versaban las ordenes de compra y venta emitidas en virtud de apoderamientos de los clientes. La actividad referida tuvo su reflejo en la contabilidad de la entidad.

B) El recurrente desempeñaba el cargo de apoderado del administrador único de la entidad al tiempo de ocurrir los hechos descritos.”

Sobre esta base fáctica, la Sala de instancia analizó en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia los diferentes elementos del tipo infractor (actividades restringidas, habitualidad y ejercicio habitual de aquéllas) para ulteriormente rechazar (fundamento jurídico quinto) los argumentos del recurrente sobre la ausencia de culpabilidad en su conducta y (fundamento jurídico sexto) los relativos a la prueba de los hechos, a la aplicación de la ulterior Ley y a la graduación de la multa impuesta.

Como quiera que sobre parte de estas cuestiones giran los correspondientes apartados del único motivo casacional, transcribiremos al analizarlos, siempre que sea preciso, las consideraciones del tribunal sentenciador.

**TERCERO.-** En los dos primeros apartados de su motivo de casación el recurrente, no obstante citar como infringida por indebida aplicación “la letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6 del artículo 64, ambos de la Ley del Mercado de Valores”, en realidad se limita a discrepar de los hechos probados que la sentencia declara como tales, lo que determinará la desestimación de aquéllos.

Su argumento “en relación con el apartado segundo de los fundamentos jurídicos [de la sentencia]” consiste en mantener que la Sala de instancia “infringe la normativa vigente puesto que tal y como ha quedado demostrado mediante los medios de prueba presentados por esta parte en su momento, la actividad desarrollada por Global Currencies se limitaba a constituir un centro de información sobre el mercado internacional de divisas sin que, por otra parte, actuase como red o agente de ventas en España del Broker de las Antillas holandesas 'Formula Investment House'.”

Ambos apartados del motivo son rechazables, repetimos, en el seno de un recurso que se basa en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico y no en la revisión de los hechos de la instancia. Como es bien sabido, desaparecido el motivo casacional referido al error en la apreciación de la prueba de los hechos, aquellos que los tribunales

de instancia declaran como probados no son ya discutibles en casación al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional pues constituyen precisamente el punto de partida sobre el cual juzgar si el tribunal de instancia ha aplicado debida o indebidamente la norma sancionadora.

El planteamiento argumental del recurrente resulta, pues, desenfocado en la medida en que vuelve a poner en cuestión los hechos y no la aplicación de la norma que a ellos ha hecho el tribunal sentenciador. No es que denuncie la indebida interpretación jurídica de las nociones de "intermediación" en cuanto distintas de las de "asesoramiento" en el mercado de valores, sino que simplemente niega que la sociedad realizara de hecho actividades que, de ser ciertas, nadie duda de que lo son de intermediación.

Las afirmaciones de la Sala de instancia que hemos transcrito en el fundamento jurídico precedente son claras y taxativas en cuanto a la actividad desarrollada por la sociedad. A ellas podrían añadirse otras como la contenida en el anteúltimo de los fundamentos jurídicos de la sentencia de instancia según las cuales "[...] la prueba de la recepción de ordenes de venta y compra de títulos así como la recepción de sumas económicas relativas a tales operaciones resultan de lo actuado en el expediente administrativo [...]". Se trataba, pues, de verdaderas operaciones de intermediación que excedían con mucho del mero asesoramiento o la información al cliente.

Así las cosas, no pueden ser acogidos los alegatos del recurrente cuando, en contra de los hechos que el tribunal de instancia declara probados, sostiene que la actividad desarrollada por "G.C." no era sino de mero asesoramiento o información, en vez de la no autorizada de captación de clientes y recepción y transmisión de órdenes sobre valores.

**CUARTO.-** En el tercer apartado del motivo único se critican las consideraciones del tribunal de instancia recogidas en el cuarto fundamento jurídico de la sentencia acerca del componente subjetivo de la conducta infractora. A juicio del recurrente en ellas "se está infringiendo de nuevo la normativa vigente", normativa que sin embargo no llega a concretar como es preceptivo en un recurso de casación.

En cuanto al ejercicio de funciones de apoderado, una vez más el señor A., se limita a discrepar de los hechos probados de la sentencia. Insiste en que "jamás realizó un desempeño efectivo de su cargo [de apoderado]" y niega que actuara con dolo o negligencia. Se ve obligado a reconocer, no obstante, que el poder que le había sido otorgado daba una "apariencia jurídica respecto a terceros" y que él mismo realizaba las actividades "meramente informativas o de asesoramiento respecto del mercado internacional de divisas y valores financieros y monetarios", únicas que, en su entender, desarrollaba la entidad para la que trabajaba.

El tribunal de instancia, por el contrario, tras el análisis de la prueba practicada, concluyó que dicho señor "desempeñó el cargo de apoderado del administrador único de la entidad al tiempo de ocurrir los hechos descritos" y que "a su negligencia y dejación de las funciones que le venían encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó directamente a la comisión de las infracciones sancionadas".

Este apartado del motivo único debe ser rechazado tanto por las consideraciones que hemos hecho respecto de los dos primeros cuanto porque la apreciación de la culpabilidad, al menos por negligencia, del apoderado se funda en bases sólidas que permitieron al tribunal de instancia llegar a dicha conclusión. Entre otros, el dato incontrovertido de que el señor A.G., figurase como autorizado para operar con una de las cuentas abiertas a nombre de "G.C." en una entidad bancaria, a través de la cual se recibían las transferencias de fondos de los clientes en los que se instrumentaba su inversión en divisas, tal dato, decimos, es suficiente para basar razonablemente aquella imputación.

**QUINTO.-** En el cuarto apartado del motivo se critican las afirmaciones que la Sala de instancia hizo en el quinto fundamento jurídico de su sentencia respecto a la aplicación de la nueva Ley 37/1998, por la que se modificó la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El tribunal dijo a este respecto que "[...] en cuanto a la aplicación de la nueva Ley 37/1998, carece la nueva regulación de trascendencia pues la conducta imputada ya venía tipificada en la regulación anterior, por lo que el periodo de adaptación es irrelevante a los efectos sancionadores que nos ocupan."

El recurrente se limita en este apartado a afirmar que la sanción de 50 millones de pesetas se impuso "atendiendo al volumen de efectivo que presuntamente captó a sus clientes desde fecha 18 de noviembre de 1998, fecha de entrada en vigor de la Ley 37/1998, de reforma de la Ley de Mercado de Valores, hasta el mes de mayo de 1999", y que los hechos ocurrieron durante el "período de adaptación que el propio legislador otorga a las sociedades para adaptar sus estatutos y programas de actividad a la nueva ley". Premisas de las que parece deducir -aunque no lo llega a afirmar de modo explícito- que la conducta infractora cometida durante este período debería haber quedado impune.

Con la misma deficiencia procesal ya apuntada, el recurrente tampoco identifica con precisión el precepto legal supuestamente infringido. Debemos entender, por referencia a la demanda, que se trata de la Disposición transitoria tercera de la Ley 37/1998, a tenor de la cual las sociedades y agencias de valores, así como las sociedades gestoras de carteras, disponían de un plazo de seis meses para adaptar sus estatutos y programas de actividades a las disposiciones de nueva ley.

El motivo debe ser desestimado también en esta parte. El argumento del recurrente en nada contradice la afirmación del tribunal de instancia respecto a la continuidad de la prohibición que, estando ya presente en la Ley 24/1988, no fue modificada por su reforma a cargo de la Ley 37/1998. El "período de adaptación" al que se refiere el recurrente nada tiene que ver, pues, con la ilicitud de la conducta en este caso sancionada pues antes de dicho período transitorio, durante él y después de él las compañías que no estuvieran debidamente autorizadas para la realización habitual de la actividad de mediación consistente en recibir o transmitir órdenes referidas a valores y, pese a ello, realizaran tal actividad, incurrían en la infracción sancionada.

En suma, la aplicación de la Ley 37/1998 era irrelevante a los efectos sancionadores que nos ocupan, como bien concluyó el tribunal de instancia.

**SEXO.-** En el último de los apartados de su motivo de casación sostiene el recurrente que la sanción de multa que le fue impuesta en ningún caso debería haberlo sido en su grado máximo “al no incurrir en los supuestos del artículo 105.a) de la Ley 24/1988”.

El tribunal de instancia corroboró la conformidad a derecho de la resolución administrativa en este extremo con el siguiente razonamiento jurídico: “[...] respecto a la graduación de la sanción de multa, se ha impuesto en su grado máximo la prevista en el artículo 105 a) de la Ley 24/1988, según se afirma en la propia Resolución por lo que es necesaria la apreciación de la concurrencia de circunstancias agravantes –de las referidas en el artículo 14 de la Ley 24/1998-. Efectivamente, la Administración justifica la imposición de la sanción en su grado máximo al apreciar la actuación de manera dolosa, pues se requirió a la entidad del cese de las actividades al señalar que las mismas se realizaban sin la debida autorización, sin que tal requerimiento fuese atendido. Tal actitud demuestra no solo el pleno conocimiento de la irregularidad, sino la intención de persistir en ella.”

La discrepancia del recurrente con esta parte de la sentencia consiste en volver a negar que las actividades realizadas por “G.C.” fuesen las de intermediación que han sido consideradas como hechos probados y en negar igualmente que él mismo realizase las funciones ejecutivas ya expresadas, argumentos que anteriormente hemos rechazado.

Sostiene, además, que el cese de la actividad de dicha compañía se produjo efectivamente al adoptarse el acuerdo de su disolución de 30 de junio de 1999, pero tal circunstancia no impide constatar que, tras el requerimiento efectuado el 12 de marzo de 1999, se siguieron realizando las actividades prohibidas según refleja la resolución sancionadora, actividades que fueron documentadas incluso con denuncias de clientes que, después de aquella fecha, entregaron a la compañía fondos para su inversión en valores. Todo ello justifica sobradamente que la continuidad o persistencia de la actividad ilícita tras el requerimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores fuese un factor apreciable en la graduación de la multa impuesta.

Por lo demás, debe reseñarse que junto al referido factor para determinar el importe de la multa, la resolución administrativa utilizó otros (expuestos en su duodécimo fundamento jurídico) sobre los que no existe debate. La argumentación del recurrente en esta última parte de su motivo de casación carece, en definitiva, de base y deberá ser, como el resto de su recurso desestimada.

**SÉPTIMO.-** La desestimación del recurso de casación lleva aparejada la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación número 9314/2004, interpuesto por Don J.A.G., contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 26 de julio de 2004 recaída en el recurso número 893 de 2001. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.