

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 8 DE SEPTIEMBRE DE  
2004**

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

**Recurso nº:** 892/01  
**Ponente:** D. José Mª del Riego Valledor  
**Acto impugnado:** Orden del Ministerio de Economía de 12 de diciembre de 2000  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a ocho de septiembre de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 892/2004, se tramita, a instancia de Don R. C. C., representado por la Procuradora Dña. P. G. Y. V., contra la Orden de Ministro de Economía, fecha 12 de diciembre de 2000, sobre sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 300.506,05 euros (50.000.000 pesetas).

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 21 de septiembre de 2001, y la Sala, por providencia de fecha 23 de octubre de 2001, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO.-** Reclamando y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndose 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 de plazo, 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, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 7 de septiembre de 2004.

**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. D. José M<sup>a</sup> del Riego Valledor

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministro de Economía de 12 de diciembre de 2001 que impuso al hoy demandante una Sanción de multa de 50.000.000 pesetas, al considerarlo autor de una infracción del artículo 99, letras q) y a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

1) La entidad "G. C., S.A.", desarrolló en España, entre el 18 de noviembre de 1998 y el mes de agosto de 1999, careciendo de la preceptiva autorización administrativa, tareas de captación de clientes para "F. I. H." y de recepción y transmisión de ordenes de inversores interesados en operar en el mercado internacional de divisas.

2) El 1 de octubre de 1998, fecha de constitución de "G. C., S.A.", Don O. G. O., en su calidad de Administrador Único, otorgó poderes a favor del demandante, que desde esa fecha actuó como directivo y apoderado de la sociedad.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en su demanda que la Orden del Ministro de Economía que impugna debe ser anulada por: a) inexistencia de la infracción imputada, b) inexistencia de la infracción de las normas relativas a la actividad, c) infracción del principio de presunción de inocencia, d) infracción de la disposición transitoria de la Ley 37/1998, de 28 de julio, e) infracción del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que en el expediente está plenamente acreditado que la sociedad "G. C., S.A." realizaba una labor de intermediación en el mercado internacional de divisas para la que no estaba habilitada y que el demandante, como directivo de la sociedad, es responsable de la infracción.

**TERCERO.-** Debe tenerse presente que, en la fecha de esta sentencia, la Sala ha conocido y se ha pronunciado respecto del recurso 893/2001, en sentencia de fecha 26 de julio de 2004 dicho recurso fue interpuesto por Don J. M. A. G., también apoderado de "G. C., S.A.", contra la misma la misma Orden sancionadora del Ministro de Economía, suscitando la demanda del recurso 893/2001 exactamente los mismos puntos que plantea ahora la demanda de Don R. C. C., por lo que tendremos en cuenta los criterios de la Sala contenidos en dicha sentencia, por razones de unidad de doctrina.

Hemos de partir del examen del artículo 71 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores (LMV), que en su redacción original, reservaba el ejercicio habitual de actividades relacionadas con los valores bursátiles exclusivamente a las sociedades constituidas como Sociedades de Valores y Agencias de Valores. Unos años después, la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, que se publicó en el BOE el 17 de noviembre y entró en vigor al día siguiente de su publicación, reformó la LMV para, entre otros extremos, equiparar las divisas al resto de los valores negociables, de forma que, de conformidad con los artículos 63.1 a) y 64.6 de la LMV, en la redacción posterior a la Ley 37/1998, la actividad de recepción y transmisión de ordenes relacionadas con operaciones de divisas, por cuenta de terceros, quedaba reservada a los servicios de inversión (sociedades de valores y agencias de valores) previamente autorizadas e inscritas en los correspondientes registros administrativos.

Ya se ha dicho que la sociedad "G. C., S.A.", carecía de autorización administrativa para el ejercicio de servicios de inversión y, más precisamente, para recepción y transmisión por cuenta de terceros relacionadas con el mercado de divisas. Pero, ello no obstante, esa fue precisamente su actividad, entre el 18 de noviembre de 1998 y agosto de 1999, como resulta acreditado en el expediente.

En efecto, en el expediente consta un acta de constancia de hechos, de fecha 10 de marzo de 1999 (folios 8 a 17), en el que el propio demandante, Don R. C. C., reconoce a los inspectores de la CNMV que los clientes de "G. C., S.A." en aquél momento eran 7, que aparecen identificados en un listado (folio 34), y que con 4 de ellos "... *tienen contrato de apoderamiento y han cursado órdenes de compraventa de divisas...*", manifestando seguidamente que "... *cesarán en esta actividad por la nueva LMV...*". También, en dicha diligencia el demandante reconoce que la forma de operar de la sociedad consiste en realizar llamadas para la captación de clientes, localizando los números de teléfonos en las páginas amarillas de la guía telefónica y la Cámara de Comercio, y que sus honorarios consisten en un 5% de la inversión realizada.

Con posterioridad de dicha diligencia de constancia de 10/3/99, la sociedad "G. C., S.A.", continuó su actividad y en el expediente existen denuncias presentadas por inversiones ante la CNMV que así lo acreditan (folio 120 a 125, 201, 202 y siguientes). La sociedad mantuvo la realización de la actividad de servicios de inversión para la que no estaba autorizada hasta agosto de 1999, fecha en la que desapareció de su domicilio en la calle Paseo de Gracia 47 de Barcelona sin dejar nuevas señas, según resulta de la diligencia de constancia de inspectores de la CNMV (folio 336).

**CUARTO.-** El artículo 99 q) de la Ley 24/1988 tipifica como infracción administrativa muy grave el incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los artículos 64 y 65.

Es claro para la Sala que la realización habitual de las actividades y operaciones de recepción y transmisión de ordenes por cuenta de terceros relacionadas con el mercado de divisas, que se han descrito en apartados anteriores, sin la habilitación correspondiente, constituye la infracción que describe el artículo 99, letra q) LMV.

Además, tal actividad se desarrolló de forma habitual, por la existencia de una actividad comercial y de publicidad tendente a crear relaciones con clientes -artículo 10 del real decreto 276/1989-, circunstancias que concurren en el presente caso, al contar la entidad "G. C., S.A." con una estructura organizativa dirigida a realizar un esfuerzo comercial para captación de clientes. Al margen de ello, no es discutible que la existencia de una estructura comercial organizada, tiende al desarrollo de una actividad encaminada a la creación de relaciones estables con clientes, pues no otra finalidad puede tener dicha estructura que la de desarrollar una actividad comercial de manera continuada. El elemento de publicidad está presente en los folletos y demás documentación divulgativa de la sociedad que obran en el expediente.

**QUINTO.-** Alega el recurrente que sus funciones en "G. C., S.A." se limitaban a prestar servicios de asesoramiento y a elaborar informes, y que no desempeñaba tareas de gestión o dirección efectiva. Pero la conclusión a la que llega la Sala, tras examinar lo actuado en el expediente administrativo, es precisamente la contraria. No existe en el expediente administrativo ni un solo informe elaborado por el demandante, sin que tampoco conste que estaba sujeto a ninguna clase de relación laboral con "G. C., S.A.", sino que el demandante era apoderado y directivo de dicha sociedad.

Así resulta de la misma escritura de constitución de la sociedad (folios 19 a 22), que acredita que "G. C., S.A.", fue fundada y constituida en Barcelona el 1 de octubre de 1988

por únicamente dos personas, el demandante y Don O.G.O., aunque ciertamente el demandante era el socio minoritario. Y el mismo día de constitución de la sociedad, Don O.G.O., en calidad de Administrador Único, otorgo al demandante poderes para actuar en nombre y representación de la sociedad, facultándolo expresamente para “... *llevar la dirección de los negocios de la empresa, nombrar y despedir factores y empleados, señalar sus funciones y retribuciones...*” (folio 35 a 38).

Como decíamos en nuestra SAN ya citada, de 26 de julio de este año, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, en la que se afirma que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador. Fuera de toda duda queda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivos de responsabilidad.

Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

Desde tales principios deben ser analizadas las circunstancias concurrentes en autos:

A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A, impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; y a efectos del cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Pero además, las normas de aplicación determinan un sistema por el cual los administradores pueden controlar la actuación de la sociedad, consistente en la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y, en su caso las cuentas y el informe de gestión consolidados; tales documentos habrán de ser firmados por los administradores, expresando la causa, si alguno no lo hiciere -artículo 171 de la repetida Ley-. Por su parte, el artículo 172, dispone que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la sociedad.

De tal conjunto normativo, resulta que los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad -teniendo los instrumentos jurídicos al efecto-, y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas al objeto social, ya solicitando las debidas explicaciones de las actuaciones de otros administradores.

No se olvide que los administradores se colocan en posición de garantes respecto al funcionamiento de la sociedad, de ahí la necesidad de que todos firmen los documentos que reflejan la situación de la misma, medio éste encaminando a asegurar el conocimiento necesario para valorar la gestión realizada. Como consecuencia de ello, la L.S.A., regula la responsabilidad de los administradores por la gestión social desde dos

aspectos, el primero intra societario, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores de ésta – artículo 133 -, y otro extra societaria, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos y responde de la adecuada gestión, el segundo, responde a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Efectivamente, así lo entendió el legislador -es de suponer que dada la importancia económica del fenómeno societario, que afecta no sólo a intereses individuales, sino también a los colectivos del mercado en el que opera-, cuando expresamente, en el artículo 89 de la Ley, sometió a los administradores, a responsabilidad por las infracciones reguladas en la propia Ley.

B) Desde los principios expuestos, es fácil comprender, que los administradores; quienes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función; son responsables por el resultado de tal gestión, salvo que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación por la Ley. No quiere ello decir que nos encontremos ante una responsabilidad objetiva en el seno del Derecho Administrativo Sancionador, sino que la imputación que se realiza a los administradores lo es, al menos, a título de culpa, ya que al no desplegar la diligencia necesaria y exigible en el ejercicio de sus funciones, causaron, ya sea en concurrencia con actuaciones positivas de otros, la comisión de la infracción sancionada por la Ley.

Obviamente, el elemento de acción y omisión y culpa o intencionalidad, son elementos que habrán de valorarse en la graduación de la sanción, pero todos ellos integran la infracción administrativa.

Así las cosas, y sentando que los administradores tienen la obligación de actuar en beneficio de la sociedad y de su correcta gestión, adoptando las medidas necesarias a tal fin; cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos, alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, como parece entender la parte actora, que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado -en éste caso la comisión de una infracción administrativa-, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido, y teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado; es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar esos medios no los utilizó de forma voluntaria. Cuestión distinta es la concurrencia de especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue.

Nada dice el recurrente en orden a justificar su omisión, nada alega sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar la situación real de la sociedad. Por ello, sólo a su negligencia y dejación de las funciones que le venían encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó a la comisión de la infracciones sancionadas.

No es admisible la argumentación en cuanto que el apoderamiento lo era solo de carácter formal, pues la facultades se habían otorgado con los requisitos legales, creaba una apariencia jurídica frente a terceros y el recurrente pudo ejercer efectivamente las facultades de las que disponía o renunciar a ellas, pero quien admite un apoderamiento asume las responsabilidades que le son implícitas.

**SEXTO.-** Alega la parte actora que la Orden del Ministro de Economía que impugna debe anularse por inaplicación de la Disposición Transitoria 3ª de la Ley 37/1998, que concedía un plazo de 6 meses a las Sociedades y Agencias de Valores, así como a las Sociedades Gestoras de Carteras, para adaptar sus estatutos y programas de actividades a las disposiciones de la Ley.

Sencillamente esta Disposición Transitoria 3ª de la Ley 37/98 es inaplicable a este caso, porque ya se ha reiterado que "G. C., S.A." no eran ninguna Sociedad o Agencia de Valores o Sociedad Gestora de Cartera, es decir, no era ninguna empresa autorizada a prestar servicios de gestión, ni por tanto, destinataria del plazo de 6 meses previsto para la adaptación de los Estatutos a las modificaciones de la LMV.

**SÉPTIMO.-** Considera el demandante que debe anularse la sanción porque se ha calculado teniendo en cuenta una cifra de negocios de "G. C., S.A." que no se corresponde a los conceptos que se le atribuyen.

Debe señalarse, en primer lugar, que el volumen de negocios no es determinante de la cuantía de la sanción, sino únicamente una de las circunstancias que debe tener en cuenta la Administración para la fijación de la cuantía de la multa.

En este caso, la Administración considera que el efectivo captado -que es un concepto distinto al volumen de negocios- por "G. C., S.A.", en el período de noviembre de 1998 a agosto de 1999, sumó un importe de 1.061.488.680 pesetas. Tal cifra es obtenida por simple deducción del importe de las comisiones percibidas por "G. C., S.A.", que sabemos era del 5%.

En el expediente está acreditado por certificaciones de Caja Madrid y del Banco Atlántico que los ingresos por dicha sociedad, en le período indicado, fueron de 44.726.134 pesetas en la primera entidad bancaria y de 8.348.300 pesetas en la segunda, procedentes de al menos 52 clientes. Tal cantidad es la tenida en cuenta por la Administración, al objeto de ponderar el daño causado en la fijación de la cuantía de la multa.

El origen de dichos ingresos debe imputarse a la actividad de servicios de inversión ilícitamente realizada por "G. C., S.A.", pues no consta que la sociedad desarrollara actividad distinta a la que atribuir tales ingresos, teniendo en cuenta además que el

recurrente, apoderado de la sociedad, tenía asimismo facultades de disposición en las citadas cuentas bancarias, de forma que le resultaba sumamente sencilla la prueba -ni siquiera intentada- del origen de los ingresos acreditados de la sociedad.

La sanción de multa se ha impuesto en el grado máximo previsto en artículo 102 a) LMV, según se afirma en la propia Resolución por lo que es necesaria la apreciación de la concurrencia de circunstancias, de entre las previstas en el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

La Administración ha justificado 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. A ello se añade el grave perjuicio ocasionado al mercado y las consecuencias desfavorables para sistemas financieros español, citadas expresamente en la Resolución impugnada. En efecto, la actividad de recepción y transmisión de ordenes de inversión por cuenta de terceros, llevada a cabo por personas y sociedades no habilitadas, autorizadas, debe considerarse especialmente perjudicial para los mercados e incorpora un evidente peligro para los inversores, que quedan frente ellas totalmente desprotegidos. A todo esto se suma, como un elemento más a tener presente, las ganancias obtenidas como consecuencia de los actos constitutivos de la infracción, de un importe superior a 53 millones de pesetas en menos de 1 año.

De todo lo expuesto resulta la desestimación del presente recurso.

**OCTAVO.-** 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 Don R. C. C. contra la Resolución del Ministro de Economía, de fecha 12 de diciembre de 2000, que declaramos ajustada a derecho en los términos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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.