

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE ENERO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 491/00
Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández
Acto impugnado: Orden 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 veintidós de enero de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo nº 6/491/00, que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador Don E. M. P., en nombre y representación de Don C. L. M., frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Letrado del Estado, contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2.000, relativa a la imposición de una sanción, (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho), siendo Magistrado Ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso-administrativo, mediante escrito presentado el 5 de abril de 2000, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Providencia de 11 de abril de 2000, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 7 de julio de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 18 de Diciembre de 2000, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Recibido el pleito a prueba por auto de 2 de enero de 2001, se propuso por la parte actora la que a su derecho convino, admitiéndose por esta Sala la Documental practicada, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- Dado traslado a las partes por su orden para conclusiones, las evacuaron en sendos escritos, reiterándose en sus respectivos pedimentos.

SEXTO.- Por Providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 21 de enero de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Orden del Ministerio de

Economía y Hacienda de 24 de enero de 2.000, en la que se inadmite el recuso potestativo de reposición interpuesto por Don C. L. M. contra la Orden de 22 de septiembre de 1.999, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra "S. C. G., A.V., S.A.", y miembros de su Consejo de Administración.

Son hechos a tener en cuenta que, con fecha 16 de abril de 1.998 el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordó incoar expediente sancionador a "S. C. G., A.V., S.A.", y a los miembros de su Consejo de Administración entre otros, Don C. L. M., por la presunta comisión de una infracción muy grave de la letra s) del Art. 99 de la Ley 24/1.988.

Seguida la oportuna tramitación, con fecha 22 de septiembre de 1.999, se dictó Orden Ministerial por la que se resuelve el expediente sancionador seguido a S. C. G., A.V., S.A., y a Don C. L. M. y otros en la que se acordaba:

"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 de 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),

(...)

4.- Imponer a Don C. L. M., 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)".

Contra dicha Resolución el actor Don C. L. M., interpuso el recuso potestativo de reposición, que se inadmite en la Orden hoy impugnada.

En ella se inadmite el recurso, a1 considerarlo extemporáneo, en aplicación del Art. 117 de la Ley 30/92 en relación con el Art. 48.2 de la misma.

Entiende que la recepción por el recurrente del escrito de la CNMV de 20 de octubre de 1.999, por el que se le notificaba la posibilidad de interponer, con carácter potestativo, recurso de reposición, tuvo lugar el día 25 de octubre de 1.999, en contra de lo que indicaba el actor que señalaba como tal día el 28 del propio mes, sin considerar en absoluto relevante el contenido de la denuncia formulada por el mismo ante el Juzgado de Guardia de Zaragoza, pues en ésta se refería a una notificación distinta. En consecuencia, se entiende que habiéndose presentado el recurso, en la Oficina de Correos de Zaragoza, el día 27 de noviembre de 1.999, cuando, el último día hábil era el 25 anterior, el mismo fue extemporáneo y se declara su inadmisibilidad.

No obstante, entra a examinar el fondo de la cuestión debatida.

SEGUNDO.- El actor alega que comienza su relación laboral, con la entidad B. R. G. el 3 de junio de 1.997. Sus funciones eran las de comercial, permaneciendo inalteradas estas funciones hasta la fecha de finalización de esta relación laboral. Por razón de su trabajo, a lo largo del periodo de permanencia en la entidad, dice que realizó exclusivamente labores de captación de clientes, clientes que operaban a través del representado de B. R. G., -A. R., A.V., S.A., en un primer momento, y a través S. C. G., A.V., S.A., después-. Añade que durante su permanencia como comercial en B. R. G., consiguió para la citada sociedad sobre unos 150 clientes, 92 de los cuales son los que a lo largo del expediente se identifican con él, por comenzar con las letras OC. Estos clientes los consigue, tanto antes como después de iniciarse el expediente sancionador, firmando los clientes con los responsables del representado (S. C. G., A.V., S.A.) el mismo contrato de gestión de carteras, tanto los que concurren a la OPV Argentaria, como aquéllos que por ser de fecha posterior a dicha operación no pudieron concurrir. Añade que los clientes cuyos códigos comienzan con las letras OCI, OCJ y OCC, no le corresponden, sino que fueron originariamente captados por Dña I. A. V.

Aduce también que, con ocasión de la constitución de S. C. G., A.V., S.A., al igual que otras personas de su familia, decide participar en el capital con un 0'67%, no existiendo ningún nexo de unión o representación con los demás elementos familiares existentes en el accionariado.

Es propuesto como Consejero, sin que el Consejo que aparece en dicha escritura se reuniera ni una sola vez desde la constitución de la entidad sino después de la incoación del expediente sancionador el 17 de abril de 1.998.

Continúa su argumentación señalando que, suscrito contrato de representación entre "B. R. G" y "S. C. G., A.V., S.A.", el 15 de enero de 1.998, se procedió a solicitar de los clientes hasta entonces aportados a la agencia de valores A. R., el consentimiento al cambio de representación operado mediante la firma de un contrato de gestión de carteras de contenido similar al que anteriormente los unía con la entidad A. R. De entre estos clientes, que traspasan su cuenta de la anterior representada a la nueva representada (S. C. G., A.V., S.A.), resultan la mayor parte de los clientes, que captados o aportados por B. R. G., concurren a la OPV Argentaria por decisión de los órganos directivos de la nueva entidad.

S. C. G., A.V., S.A. se inscribe como Agencia de Valores en el Registro de la CNMV en diciembre de 1.997, sin que, según el recurrente, tuviera ninguna función directiva o ejecutiva.

Después de hechas estas consideraciones, Don C. L. M.. alega: A) Infracción del principio de culpabilidad proclamado en el Art. 25 de la Constitución, a1 no explicarse en la propuesta la resolución, las causas que determinan su responsabilidad, no siendo suficiente a estos fines, que se recoja su carácter de Consejero. Niega que tuviera ninguna participación en los hechos, ni a título de dolo, ni de culpa, ya que su actuación era la de simple comercial,

limitándose a la presentación de clientes, y sin que desde el Consejo de Administración se tomara ninguna decisión de las que den lugar a responsabilidad. B) Infracción del principio de tipicidad del Art. 25 de la Constitución y 129 de la Ley 30/92, al haberse extendido analógicamente el tipo previsto en el Art. 99 s) de la L.M.V.: el hecho de que S. C. G., A.V., S.A. no llevara los registros adecuados y su formalización, no se puede asimilar a la *“simulación de transferencias”*. C) Vulneración del principio de presunción de inocencia proclamado en el Art. 24.2 de la Constitución, al haberse sancionado, sin pruebas de cargo legítimamente obtenidas considerando que no tienen ninguna virtualidad los indicios de los que se hace derivar la comisión de la infracción. D) Quiebra del principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción. E) Quiebra del principio de defensa, al haberse denegado las pruebas propuestas por los imputados y en la práctica de las admitidas. F) Infracción del Art. 54 de la Ley 30/92 y de los plazos de tramitación del procedimiento. G) Falta de motivación de la Orden en que se impugna la sanción.

TERCERO.- No rebate el actor la inadmisibilidad por extemporáneo del recurso de reposición potestativo interpuesto, no obstante lo cual y toda vez que en aquella se entra en el fondo de la cuestión debatida deben pasar a examinarse los motivos de oposición del recurrente, a quién la Orden impugnada sanciona como miembro del Consejo de Administración de S. C. G., A.V., S.A. considerándole responsable de la infracción muy grave prevista en el Art. 99 s) de la Ley 24/88, tanto por la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas, como por la intervención de operaciones sobre valores que implica simulación de las transferencias de la titularidad de las mismas.

Alega el recurrente, en primer lugar, que el acto recurrido no respeta el principio de culpabilidad del sujeto sancionado, por cuanto se le imputan los hechos constitutivos de infracción con base en una responsabilidad objetiva que deriva de su simple condición de Consejero de S. C. G., A.V., S.A., y, en consecuencia, sin haberse acreditado su intervención por acción u omisión en dichos hechos. Considera que no puede exigírsele responsabilidad por cuanto aunque era miembro del Consejo de Administración de S. C. G., A.V., S.A., no realizaba en la mismas funciones ejecutivas ni de gestión diaria de la Entidad; no habiéndose podido acreditar que los clientes cuyo código de cuenta empieza por OC hubieran sido efectivamente captados por él, ya que dichos clientes habían sido captados previamente por “B. R. G.” antes de que el recurrente comenzara en ésta su labor comercial, para otra Agencia de Valores distinta de S. C. G., A.V., S.A. y de la que “B. R. G.” era representante antes de serlo de S. C. G., A.V., S.A., todo ello con anterioridad a que el recurrente comenzara su actuación de comercial en “B. R. G.”.

Sin embargo, lo cierto es que a Don C.L.M. no se le sanciona sólo como miembro del Consejo de Administración de S. C. G., A.V., S.A., sino en razón a una serie de circunstancias, que se recogen en la Orden impugnada y que constituyen una clara motivación de las razones que determinan la comisión de la infracción que se reputa cometida.

Así se recoge:

"-Está acreditada la vinculación del recurrente a "B.R.G.", representante de S. C. G., A.V., S.A. en Zaragoza, vinculación que viene determinada por tres circunstancias: en primer lugar, porque el 96% del capital social de dicho representante se reparte a partes iguales entre la esposa y uno de los hermanos del recurrente; en segundo lugar, por su condición de empleado de dicho representante; y en tercer lugar, por la circunstancia de que los restantes empleados de dicho representante son todos hermanos del recurrente.

-Está acreditado igualmente que la labor o función asignada a1 recurrente, en su condición de empleado de "B. R. G." ha sido la captación de clientes para S. C. G., A.V., S.A..

-Está acreditado el desarrollo efectivo por el recurrente de la función asignada como empleado de "B. R. G." como lo prueba, de un lado, que 24 clientes de S. C. G., A.V., S.A. hayan declarado haber sido captados por el recurrente, y, de otro, el elevado número de clientes que S. C. G., A.V., S.A. ha identificado, asignándole un código de cliente OC, como personas captadas por el recurrente.

-Está acreditada la participación del recurrente en el capital social de S. C. G., A.V., S.A., que si bien a título individual sólo es del 0'67%, conjuntamente con la de sus hermanos, ya sea directa (5%), ya indirecta a través de sociedades vinculadas (B. R. G. que tiene el 1'33% de S. C. G., A.V., S.A.) alcanza el 7% del capital social. Es con base en ello que ha de considerarse que la ostentación por el recurrente de un puesto en el Consejo de Administración de S. C. G., A.V., S.A., habida cuenta su escasa participación individual en el capital de la misma, tiene su fundamento en representar, al menos de hecho ya que no está acreditado que lo sea de derecho, los intereses accionariales de la familia L. M., que globalmente ascienden al 7% del capital de S. C. G., A.V., S.A.

-Ha quedado igualmente acreditado que tanto entre los clientes de S. C. G., A.V., S.A. que han sido aportados por "B. R. G." en general, como entre los que, dentro de éstos, corresponden por su código de cuenta a los captados por el recurrente (215), hay un número muy significativo en los que concurren las circunstancias que han sido consideradas como indicios de la actuación constitutiva de interposición de personas."

Constituye todo ello una motivación adecuada, que no se desvirtúa por las alegaciones del actor. Tiene razón la Orden impugnada al señalar que aún cuando se admitiera que sólo fueron captados por el actor, aquellos que él reconoce cuyo código de cuenta comienza con el Código OC, éstos según el propio listado facilitado por S. C. G., A.V., S.A., eran 92 y de éstos se evidencia que 62 de ellos realizaron como únicas operaciones el acudir a OPVs, sin que 15 realizaran aportación y 35 de ellos una aportación inferior a 25.000 pesetas. Es intrascendente, a los efectos que nos ocupan, que los clientes hubieran sido captados para "B. R. G.", pues ésta los ofreció luego a la Agencia de Valores S. C. G., A.V., S.A., realizando la actuación típica de "interposición de personas". Por lo demás, el actor fue contratado por B. R. G., ciertamente en junio de 1.997, cuando aún no era representante de S. C. G., A.V., S.A., sino de otra Agencia de Valores, pero al pasar a ser representante de la primera, no cabe aceptar que sólo estaba vinculada comercialmente con B. R. G. pues como bien dice la Orden impugnada, los clientes captados por un representante, lo son para la Agencia de Valores a la que representa.

Interesa, por lo demás, señalar que al actor se le sanciona por una única infracción -Art. 99 s)- de la LMV conformada por la realización de las dos actuaciones fijadas en dicho tipo, a saber, la simulación de transferencias y la interposición de personas, la primera se derivaría de la estrategia diseñada de interposición de personas.

Aún cuando la estrategia se hubiera diseñado por los Consejeros Delegados de S. C. G., A.V., S.A., el actor contribuye en la ejecución de la misma, tal y como se ha argumentado, en lo relativo a la interposición de personas, de la que se ha derivado la simulación de transferencias y esa contribución como también se ha explicado no se deriva sólo del hecho de haber sido Consejero de S. C. G., A.V., S.A., sino de las demás circunstancias expuestas.

De lo hasta aquí analizado se desprende: A) Que quedan suficiente y debidamente motivadas las razones, por las que además de ser Consejero de S. C. G., A.V., S.A., se considera al actor responsable de la infracción descrita, derivada de las dos actuaciones citadas; B) Que no se infringe el principio de proporcionalidad por el hecho de ser sancionado igual que los Consejeros Delegados, pues la simulación de transferencias y la interposición de personas se verifica por éstos y también por el actor; C) Que al no sancionársele sólo por el hecho de ser Consejero, no cabe que aduzca vulneración del principio de igualdad por el hecho de que no hayan sido sancionados los Consejeros Sres. D. P. y V., en quienes a diferencia del actor no se apreció un elemento intencional; D) Aún cuando, ciertamente la intención de S. C. G., A.V., S.A. era la interposición de personas, es obvio que hay cuando menos una asunción del resultado de simulación de transferencias que de aquélla se deriva, que necesariamente ha de ser imputada a culpa; E) Que al imponer la sanción, se motiva como se ha dicho, las causas que llevan a considerar al recurrente responsable de la misma, recogándose unos indicios, que racionalmente llevan a tal conclusión, siendo suficiente para entender motivada la Orden en que se impone la sanción, la asunción de la propuesta formulada por el Consejo de la CNMV. Del número de clientes, antes citados, que hacen operaciones, de la falta de provisión de fondos, incluso de la edad de éstos, se deduce indiciariamente de forma clara e inequívoca esa interposición de personas, constitutiva de infracción; la deducción que pretende hacer el actor de que a S. C. G., A.V., S.A. le vinculaba con ellos un contrato de gestión de carteras, tiene poca virtualidad.

Circunstancias tales como las recogidas en la Orden impugnada, son claramente evidenciadoras, de lo que se deduce:

" - 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 se impone claramente:

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.

La argumentación del actor sobre contratos de gestión de cartera de valores, es racionalmente incompatible con el actuar normal en el mercado de valores por cuenta de terceros.

CUARTO.- Respecto a las demás cuestiones alegadas ha de señalarse: A) Que no hubo dilaciones indebidas en la tramitación del procedimiento, que generaran indefensión, ya que se procedió, con la consiguiente notificación a las partes, a ampliar los plazos de los instructores, dada la evidente complejidad del asunto; B) Que aún cuando se aceptara que alguna de las pruebas practicadas pudiera ser defectuosa, en concreto por lo que se refiere al cuestionario circularizado entre los clientes de S. C. G., A.V., S.A., al no haber participado en la elaboración de la misma, generándosele indefensión, a1 no poder conocer la identidad de los clientes que lo respondía, debe señalarse que no fue ésta la única diligencia practicada, como se ha expuesto, determinante de la convicción de la comisión de la infracción. Pero es que además, en relación a dicho cuestionario y las incidencias derivadas del mismo debe descartarse cualquier indefensión; pues mediante providencia de 9 de julio de 1.998, se dio traslado a todos los expedientados de copia de todas las contestaciones obtenidas en la circularización, dándoseles un plazo de dos meses para que pudieran realizar cuantas manifestaciones acerca de las mismas considerasen oportuno. En dicho plazo, hicieron uso de la posibilidad que se les ofrecía presentando escritos en los que hicieron las manifestaciones que estimaron oportunas y a los que acompañaban declaración prestada por Don A. P., persona a la que algunos clientes identificaban como la persona que les había ofrecido dinero por la firma del contrato con S. C. G., A.V., S.A. Los escritos de los expedientados y la declaración de Don A. P. fueron debidamente incorporados a1 expediente y valorados junto con las demás pruebas existentes en el mismo; C) De acuerdo con la doctrina reiterada del Tribunal Constitucional, lo que del artículo 24.2 de la Constitución, nace para el administrado, sujeto a un expediente sancionador, no es el derecho a que se practiquen todas aquellas pruebas que proponga, sino sólo las que sean pertinentes o necesarias, pues sólo tiene relevancia constitucional, por provocar indefensión, la denegación de pruebas que, siendo solicitadas en el momento y la forma oportunos, no resultase razonable y privase al solicitante de hechos decisivos para su pretensión y es lo cierto, como recoge la Orden impugnada que las testificales propuestas y denegadas, de personas ajenas a S. C. G., A.V., S.A. mencionadas por algunos clientes, sin precisar que hechos se pretendían acreditar con sus declaraciones, no se considera lógicamente necesarias, para acreditar unos hechos, que no se señala cuales son. Respecto a

las testificales de los Sres. P. y L. N., en cuanto tenían por objeto ratificar sus declaraciones que ya constaban por escrito, también se consideran ciertamente innecesarias; D) Por último y en relación a la alegación de que no hubo una imputación de los hechos a cada presunto responsable en el pliego de cargos, es evidente que al hacerse una consignación de los hechos imputados a una Sociedad y Agencia de Valores debe entenderse, en ese trámite del pliego de cargos que los hechos son imputables de inicio a los miembros de ella.

A la vista de lo argumentado, debe desestimarse el recurso interpuesto, considerándose ajustada a derecho, vistas las circunstancias concurrentes, la naturaleza y gravedad de la infracción cometida, la multa de cinco millones de pesetas impuesta (Art. 105 a) de la Ley).

QUINTO.- De conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don E. M. P., en nombre y representación de Don C. L. M. contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2.000, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente -en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.