

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 21 DE
MARZO DE 2001**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª

Recurso nº: 223/98

Ponente: Dª. Inés Huerta Garicano

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 4 de diciembre de 1996 confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de noviembre de 1997

Fallo: Parcialmente estimatorio

En la Villa de Madrid a veintiuno de marzo de dos mil uno.

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo nº 223/96, interpuesto -en escrito presentado el día 3 de febrero de 1998- por el Procurador D. F.J.O.S., actuando en nombre y representación de "B.M., S.V.B., S.A.", Don J.M.L., Don R.F.H. y Don A.R.M., contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por O.M. de 14/11/96- de 27 de noviembre de 1997 (cuya fecha de notificación no consta), en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de diciembre de 1996, por la que se les sancionaba, a la primera, con tres multas por importes, respectivamente, de 20.000.000, 5.000.00 y 4.000.000 ptas. y a los otros tres recurrentes con dos multas, cada uno de ellos, de 5.000.000 y 2.500.000 ptas., por la comisión de dos infracciones tipificadas como graves en el art. 100.c.g) y la mercantil actora, además, una leve del art. 101 de la Ley 24/98, de 28 de julio, del Mercado de valores.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba y formulado escrito de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 20 de marzo de 2001, teniendo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de 1ª Sección Ilma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la resolución originariamente impugnada por las que se imponen a los recurrentes diversas sanciones de multa: a) tres a la mercantil recurrente por importes, respectivamente, de 20.000.000, 5.000.000 y 4.000.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves tipificadas en los apartados g) y c) del art. 100 de la Ley 24/88 y una leve del art. 101 de la expresada Ley, y, b) a cada uno de los restantes recurrentes multas de 5.000.000 ptas. por la infracción grave tipificada en el art. 100.g) y 2.500.000 ptas por la infracción prevista en el apartado c) del referido artículo, son, o no, conformes al ordenamiento jurídico.

Las alegaciones en las que la parte actora funda, básicamente, su pretensión impugnatoria son:

- a) Respecto de la infracción del apartado g) del art. 100 de la Ley 24/98, no existió relación de representación alguna con F.B., S.A. y/o Don A.G., ni con el Sr. S., por lo que la sanción impuesta es improcedente.
- b) Inexistencia de la segunda infracción pues consta en el expediente la existencia de controles internos exigidos por la Norma.
- c) Indebida aplicación de los parámetros de graduación de las sanciones en la elección de la sanción impuesta por la infracción leve.
- d) Inexistencia de culpabilidad tanto en la sociedad como en los consejeros sancionados.

SEGUNDO.- Cuatro son las infracciones imputadas.

Se ha sancionado a la mercantil actora, en primer lugar, por la infracción grave tipificada en el art. 100.g) en relación con el art. 73.2.e) de la Ley 24/88: "*La inobservancia por las Sociedades y Agencias de Valores de las normas reguladoras de sus operaciones activas y pasivas a que se refiere el art. 73*" y las irregularidades imputadas son no haber comunicado a la CNMV relaciones de representación –con "F.B., S.A." y/o Don A.G.G. y con "M.Z., S.L." y/o "Don J.S.M.- con los requisitos exigidos y haber establecido una red comercial a través de personas o entidades a las que no se habían otorgado los correspondientes poderes.

Examinado el denominado contrato de "*colaboración*" suscrito entre la actora y "F.B., S.L." (Folio 195 expediente) se aprecia que el objeto de la colaboración era facilitar a "B.M." potenciales clientes interesados en realizar, a través de la actora, inversiones en mercados financieros, utilizando en su labor de "*colaboración*" los folletos y demás material que le suministrara la recurrente. Consta, igualmente, que los clientes captados por la referida "*colaboradora*" - tanto las fichas de apertura de clientes como los recibís de las cantidades

entregadas por éstos iban firmados por D. A.G., con el membrete de "B.M.", contabilizándose las operaciones en la sancionada, extremos que no han sido negados. Pues bien, tal proceder, cualquiera que sea la "fórmula jurídica" utilizada, implica una actuación en nombre y por cuenta de "B.M.", notas características del mandato representativo y ese mandato representativo -que no se ha instrumentalizado en la forma exigida en el art. 9 del Real Decreto 276/89, ni se ha comunicado a la CNMV (Circular 7/89)- es la única vía posibilitadora de "colaboración" de terceras personas en actividades reservadas en exclusividad a las Sociedades o Agencias de Valores por el art. 76 en relación con el art. 71 de la Ley 24/88.

Por consiguientemente, estando acreditada esa "colaboración" con "B.M." en operaciones reservadas a Agencias o Sociedades de Valores, incumpliendo palmariamente -cualquiera que sea la "fórmula de cobertura"- los requisitos formales legalmente exigidos -formalización de los contratos en la forma exigida en el art. 9 del Real Decreto 276/89 y comunicación a la CNMV en los términos previstos en su Circular 7/89- encaminados a asegurar el control de quienes desarrollan actividades que encierran importantes riesgos potenciales para terceros, es clara la subsunción de la conducta imputada en el art. 100.g) de la Ley del Mercado de Valores.

Lo dicho respecto de "F.B., S.L." y/o Del Sr. G. es perfectamente trasplantable a la actividad desarrollada, en nombre y por cuenta de la actora, por Don J.S.M. en "M.Z., S.L.", entablándose la relación contractual de los clientes captados por el Sr. S. directamente con "B.M.", en cuya sede de Zaragoza desarrollaba su actividad.

TERCERO.- La segunda infracción grave imputada a la mercantil actora está tipificada en el citado art. 100, apartado c) de la Ley 24/88: *"El incumplimiento por los miembros de los mercados secundarios oficiales de valores de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas, o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros obligatorios"* y la Norma 2ª. 13 de la Circular 5/90 exige el registro en la contabilidad de la representada -con el mismo desglose y alcance que si hubieran sido realizadas- de las operaciones formalizadas en su nombre y por su cuenta por sus representantes y, ciertamente, muchas -no todas- de las operaciones concertadas por los que, de hecho, actuaban como tales, no fueron registrados en la contabilidad de la actora (singularmente numerosas operaciones captadas por el Sr. S), lo que, de suyo, implica la existencia de este incumplimiento formal constitutivo de la infracción sancionada y para cuya existencia no se requiere un ulterior resultado dada su naturaleza meramente formal.

CUARTO.- Respecto de la infracción leve imputada, la actora sólo cuestiona la proporcionalidad de la sanción impuesta. El art. 104 faculta para imponer una sanción de amonestación privada o una multa de hasta 5.000.000 ptas.

En el caso de autos se ha impuesto a la mercantil recurrente una multa de 4.000.000 ptas - dentro del tramo máximo- para cuya cuantificación se ha tomado en consideración los recursos de la Entidad sancionada, criterio de graduación no específicamente contemplado por la Ley 24/88 -que no contiene referencia alguna al respecto-, siendo, por consiguiente, aplicables los criterios de graduación establecidos en el art. 131. 3 de la Ley 30/92, de

aplicación supletoria, por lo que al no estar fundamentada la decisión de imponer la multa en su tramo máximo en ninguno de éstos, procede rebajar el importe de la multa impuesta a 2.000.000 ptas., sin que quepa acoger el criterio de la actora de sustituir la multa por la sanción de amonestación privada dado que la opción entre ambas sanciones queda al arbitrio de la Administración que ejerce la potestad sancionadora, sin que el Tribunal pueda sustituir la decisión adoptada en uso de facultades discrecionales legalmente otorgadas.

QUINTO.- En cuanto a las infracciones graves imputadas a los Consejeros -art. 100.g) y c)-, en la medida que por lo hasta ahora razonado la Sala considera plenamente acreditada la existencia de las dos infracciones y que, cuando tales infracciones se imputan, como en el caso de autos, a una Sociedad, el art. 106 de la Ley 24/88 faculta a sancionar a quienes ejercen cargos de administración o dirección, la única cuestión a abordar será la relativa a la culpabilidad.

Como ha recordado recientemente la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2000:

"Acreditada la conducta o participación que constituye el soporte de la infracción, la apreciación del requisito de culpabilidad deriva hacia la acreditación psicológica de la imputabilidad, y dicha imputabilidad es de aceptar mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla.

En el caso que se está enjuiciando, no consta ningún hecho que acredite que las personas, que en calidad de agentes de la sociedad recurrida realizaron la conducta sancionada, tuvieron pérdidas o disminuidas sus facultades cognoscitivas y volitivas, y en términos suficientes para descartar en ellas la imputabilidad de la que resulta la culpabilidad cuando consta la participación del sujeto en la conducta ilícita....".

No constando, por tanto, actuación alguna de los recurrentes encaminada a impedir esta indebida actuación de la Sociedad en la que ejercían funciones directivas, y no concurriendo vicio alguno de imputabilidad, es clara, a juicio de esta Sala y Sección, la concurrencia del elemento subjetivo del injusto.

SEXTO.- Las razonamientos precedentes llevan a la estimación parcial del recurso, sin que concurren motivos bastantes para hacer un pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 131.1 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el Rº contencioso-administrativo nº 223/96, interpuesto - en escrito presentado el día 3 de febrero de 1998- por el Procurador Don F.J.O.S., actuando en nombre y representación de "B.M., S.V.B., S.A.", Don J.M.L., Don R.F.H. y Don A.R.M., contra

la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por O.M. de 14/11/96- de 27 de noviembre de 1997 (cuya fecha de notificación no consta) , en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de diciembre de 1996, por la que se les sancionaba, a la primera, con tres multas por importes, respectivamente, de 20.000.000, 5.000.000 y 4.000.000 ptas. y a los otros tres recurrentes con dos multas, cada uno de ellos, de 5.000.000 y 2.500.000 ptas., por la comisión de dos infracciones tipificadas como graves en el art. 100 .c) .g) y, la mercantil actora, además, una leve del art. 101 de la Ley 24/98, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debemos declarar y declaramos que las Resoluciones impugnadas son conformes a Derecho, salvo la cuantía de la multa impuesta a la mercantil recurrente por la infracción leve que se reduce a la cantidad de 2.000.000 ptas., confirmando, en consecuencia, la plena validez y eficacia del resto de los pronunciamientos. Sin costas.

Esta resolución -en razón a que la cuantía del pleito, según constante doctrina jurisprudencial, no viene determinada por la acumulación de las sanciones impuestas sino en razón a su consideración aislada, siendo la multa más elevada de las aquí impuestas de 20.000.000 ptas.- es firme.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.