

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE MAYO DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 88/93
Ponente: Dª Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnados: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1990 confirmada en reposición por Resolución del mismo Ministerio de 12 de febrero de 1991
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a cinco de mayo de mil novecientos noventa y siete

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales Don A.G.S. en nombre y representación de "E., S.A." frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra desestimación tácita por el Ministro de Economía y Hacienda del recurso de reposición interpuesto por la hoy actora contra Orden de dicho Ministro de 7 de septiembre de 1990 resuelto por desestimación expresa en 12 de febrero de 1991 en materia relativa a sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores con una cuantía de 99.614.385 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrada Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 19 de diciembre de 1990 dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

La Sección Segunda turnó este recurso a la Sección Sexta el 1 de septiembre de 1993.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 30 de octubre de 1993, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia: *"por la que: 1) Se declare la nulidad o se anule y deje sin efecto los actos impugnados. 2) Se absuelva a E., S.A. de los cargos que arbitrariamente le han sido imputados, y de la sanción impuesta. 3) Se declare el archivo de las actuaciones. 4) Subsidiariamente, y en el supuesto que no prosperen las anteriores, se reduzca la sanción según los términos del apartado II, B, 6 de este escrito."*

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda por medio de escrito de 2 de octubre de 1994, para oponerse a la misma y solicitar, con base en los fundamentos de hecho y de derecho que deja expuestos, la desestimación íntegra de la demanda y la confirmación de las Resoluciones impugnadas.

CUARTO.- Las partes por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar respectivamente lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- Con fecha 7 de marzo de 1997, la Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del día 30 de abril de 1997, en que se deliberó y votó, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 12 de febrero de 1991 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por "E., SA". contra Orden del mismo Ministerio fechada el 7 de septiembre de 1990 imponiendo a la entidad hoy actora una sanción de multa de 99.714.385 pesetas.

Los antecedentes de dichas Ordenes Ministeriales son los siguientes: por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, de fecha 13 de diciembre de 1989, se incoa expediente sancionador a la Sociedad ahora recurrente por la presunta comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con ocasión de su actuación relacionada con la oferta pública de acciones de REPSOL, S.A., cuya inscripción en los registros correspondientes de la CNMV había sido acordada el 5 de abril de 1989.

Previa la correspondiente tramitación, incluyendo el informe preceptivo del Comité Consultivo, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordó elevar propuesta de Resolución al Ministro, el cual con fecha 7 de septiembre de 1990 acordó la imposición de la sanción.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º) de carácter formal, concretados en violación del art. 24 pfo. 2 de la Constitución, violación del principio de secreto, y violación de las exigencias impuestas por el principio de objetividad y el deber de imparcialidad de la Administración Pública; 2º) relativos a la prueba practicada y 3º) de fondo, alegándose la infracción del art. 99 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

TERCERO.- La actora sostiene que se ha violado por la Administración su derecho constitucional a ser informado de la acusación porque el pliego de cargos no contiene la especificación de cual de los tipos regulados en el pfo. s) del art. 99 de la Ley 24/88 le era de aplicación, ni define los extremos concretos que las conductas definidas como punibles fundamentan la imposición de la sanción, ni se razona la relación entre los hechos y el tipo aplicable.

Este motivo de recurso no puede prosperar, pues en el pliego de cargos, como establece el art. 136 pfo. 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo, deben contenerse "los hechos imputados", pero no necesariamente la calificación jurídica, y menos aun el razonamiento

propio del acto de imposición de la sanción (o de la sentencia en el proceso penal) de valoración de la prueba practicada a fin de declarar cometida una infracción, su tipificación y la imposición de la sanción correspondiente.

En este sentido el Tribunal Constitucional en el Auto 4/89 de 12 de enero de 1989 ha establecido que *"Las irregularidades denunciadas hacen referencia al pliego de cargos por incluirse en él hechos que no habían motivado la iniciación del expediente, repetición de alguno de ellos a efectos sancionatorios y falta de pruebas en el expediente, ninguna de estas irregularidades tienen contenido constitucional, pues si bien es cierto que este Tribunal ha declarado reiteradamente desde la STC 18/1981 que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices al derecho administrativo sancionador, también ha declarado que las garantías del art. 24 de la Constitución están referidas a la tutela judicial y que, por tanto, no son trasladables, sin más, a los procedimientos administrativos a que se refiere el art. 105 c) de la Constitución. Por tanto, las irregularidades que denuncia el recurrente y que han sido revisadas en la vía jurisdiccional, afirmando la Sentencia, tras un detenido examen del expediente sancionador, que en él se han observado por parte de la Administración las garantías esenciales del procedimiento en la medida que el propio recurrente pudo formular el oportuno pliego de descargos, conocer en su momento la propuesta del instructor, practicarse pruebas y recurrir administrativa y judicialmente la resolución dictada, es claro que, por tratarse de problemas de legalidad ordinaria, no tienen el contenido constitucional con que se plantean"*.

CUARTO.- El art. 85 de la Ley del Mercado de Valores establece que *"La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá recabar de las personas físicas y jurídicas cuantas informaciones estime necesarias sobre los extremos que interese relacionados con las materias objeto de esta Ley. Con el fin de allegar dichas informaciones o de confirmar su veracidad, la Comisión podrá realizar cuantas INSPECCIONES considere necesarias"*. Resulta evidente a juicio de esta Sala que la CNMV realizará el desempeño de las funciones que por Ley le vienen encomendadas utilizando los correspondientes medios materiales y personales, entre ellos los funcionarios que le sean asignados, y el propio precepto alegado por la actora, al utilizar el término INSPECCIONES preestablece la actuación de los Inspectores de la comisión por lo que no puede prosperar la alegación de que su intervención constituye violación de los principios de objetividad y del deber de imparcialidad de la administración pública. La Administración ha seguido en todo momento el procedimiento previsto por la Ley para el caso, por lo que tampoco pueden prosperar los argumentos de la actora relativos a que no se le ha notificado el nombramiento del Secretario o a que la hipotética falta de este constituya una irregularidad esencial en la tramitación del procedimiento.

QUINTO.- En materia probatoria, la parte recurrente pretende amparar la nulidad de la prueba practicada en el expediente administrativo. La más antigua jurisprudencia del Tribunal Supremo otorga al Juzgador facultades amplísimas para apreciar el valor de las pruebas practicadas en el expediente, con aplicación de las reglas de la sana crítica. A juicio de este Tribunal la actora, quien debería haber probado sus alegaciones, (es decir que había recibido todas y cada una de las órdenes de suscripción de REPSOL, S.A. de las personas que aparecen como ordenantes) al no realizar actividad probatoria alguna en este sentido, no puede pretender que prospere su alegato de indefensión cuando la CNMV suple su

inactividad y practica pruebas, por mucho que acrediten lo contrario de lo sostenido por la investigada entonces y hoy actora.

La CNMV realizó averiguaciones para comprobar que TREFIN AG. existía, y envió a sus funcionarios a Suiza para entrevistar a quién aparecía como Administrador de la misma en el Registro Mercantil (prueba documental en ese extremo, que no testifical, de quién según la demanda “decía ser el único representante legal de dicha compañía”). Si TREFIN AG. hubiera sido el ordenante, así lo hubiera reconocido el representante legal de la misma, y sin duda tal prueba hubiera parecido “legítima” a la actora; como quiera que no solo el administrador lo niega, sino que se comprueba físicamente que dicha Sociedad no tiene oficinas en el lugar donde “E., S.A.” decía enviaba la correspondencia, ni siquiera tiene sede social en Zurich, ni ha sido inscrita en el Registro Mercantil en el cantón de Zurich (y si en el de Zug) se llega a la conclusión de que la hoy actora simuló el referido negocio jurídico.

Frente a esta prueba practicada por la Administración, considerada de cargo, la actora no puede aportar prueba alguna que acredite no ya que TREFIN AG existe, lo que nadie discute, sino que le ordenó la suscripción de 117.646 acciones de REPSOL, S.A. el 25 de abril de 1989; dicho de otra manera: no ha acreditado que las Cartas que presentó sean auténticas (las consecuencias se dilucidan en el correspondiente proceso penal por falsedad).

SEXO.- El art. 99 letra s) de la Ley del Mercado de Valores tipifica como infracción muy grave *“La realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos”*. A juicio de este Tribunal el precepto está tipificando dos infracciones: a) la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría al menos la comisión de una infracción muy grave; y b) la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos.

En cuanto al primero, porque puede considerarse que en este contexto la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas no es sino un acto fraudulento que la norma quiere específicamente destacar. En cualquier caso, una y otra son infracciones que podrían haber acarreado la imposición de la correspondiente sanción, según lo dispuesto en el art. 102 de la misma Ley. La Resolución de 7 de septiembre de 1990 en su Considerando Segundo plantea claramente el problema: una vez establecidos los hechos pasa a examinar si constituyen alguna de las conductas tipificadas en el precepto citado, indicando que comprende una “primera parte” y un “último inciso”. En el considerando último de la pág. 8 analiza, cómo la práctica de inventarse los suscriptores y de aplicar a su favor los títulos suscritos (aplicación a su favor que “E., S.A.” reconoce, si bien la intenta justificar con la falta de provisión de fondos por parte de los supuestos ordenantes) debe calificarse como interposición ficticia de suscriptores entre REPSOL, S.A. y la propia “E., S.A.”, auténtica destinataria de los títulos contenidos en las órdenes, y que la interposición deliberada de suscriptores puede y debe ser calificada como acto fraudulento, puesto que tiene la

finalidad de desvirtuar las condiciones establecidas por el emisor mediante engaño. La conclusión final es que, pese a que se han declarado probados unos hechos que incluyen la realización de todas y cada una de las conductas tipificadas en el art. 99 apartado s) de la Ley del Mercado de Valores, se impone una única sanción, solución que es la más favorable al expedientado.

La citada Resolución incluye el razonamiento de por qué a la vista de las diferentes sanciones previstas por el art. 102 de la repetidamente citada Ley 24/88, utilizando los criterios de graduación previstos en el art. 14 de la Ley 26/88 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito al que se remite el art. 98 de la Ley del Mercado de Valores, se impone la sanción prevista en el apartado a) menos grave que la señalada en el apartado b) y "más adecuadas a las circunstancias del caso".

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de este recurso, porque si bien la actora alega que actuó de buena fe, se ha acreditado que las manipulaciones probadas tuvieron la finalidad lograda de obtener un beneficio económico, que ha servido de base para la cuantificación de la sanción.

De la relación de hechos, no impugnados ni negados por la actora, que contiene la Resolución de 7 de septiembre de 1990 resulta que se ha practicado prueba suficiente para considerar desvirtuada la presunción de inocencia de la recurrente.

SEPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas.

Por lo expuesto, vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "E., S.A." contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de febrero de 1991 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por la misma contra la Resolución del mismo Ministerio de 7 de septiembre de 1990, ambas descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser ambas conformes a derecho, sin efectuar expresa condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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