

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE OCTUBRE DE 1998

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 237/96
Ponente: D. Fernando Delgado Rodríguez
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 15 de febrero de 1996.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidós de octubre de mil novecientos noventa y ocho.

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 06/237/1996 se tramita a instancia de Don E.L.P. representado por el Procurador Don A.G.A., con asistencia Letrada, contra Orden Ministerial de fecha 15 de Febrero de 1.996, sobre Expediente Sancionador, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo de 5.000.000 de pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Don E.L.P. frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 15 de Febrero de 1.996, solicitando a la Sala anule el acuerdo recurrido.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal 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.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dictó auto en fecha 29-11-96, con el resultado obrante en autos. Evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 20 de Octubre de 1.998.

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. Sr. Presidente D. Fernando Delgado Rodríguez

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente litigio la impugnación por el actor de la Orden Ministerial de 15 de Febrero de 1.996, dictada en resolución del expediente sancionador incoado al

mismo por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordándose: imponer a Don E.L.P. una multa de cinco millones de pesetas, por la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra t) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, de negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como consecuencia de la falta de remisión de la documentación requerida por aquélla en el ejercicio de su actividad inspectora.”

Los antecedentes de dicha sanción se remontan a los últimos días de Febrero de 1.995, en que la Agencia de Valores; “AGF, A.V., S.A.”, puso en conocimiento de la CNMV que el único representante de la Agencia, Don E.L.P., había venido realizando determinadas operaciones “irregulares” sin ajustarse a las condiciones del apoderamiento otorgado.

Según figura en el expediente administrativo, durante una primera reunión de funcionarios de la C.N.M.V., con los responsables de la entidad y con su representante, éste confirmó que, desde hacía varios años, venía captando dinero de terceros que utilizaba en nombre y por cuenta propia, en vez de invertirlas o desinvertidas por cuenta de sus verdaderos titulares. A los afectados les entregaba resguardos ó certificados de las aplicaciones de dinero supuestamente emitidos en representación de dicha Agencia de Valores, resguardos que no se correspondían con las aplicaciones reales de los fondos entregados. En ese momento según manifestó el recurrente, la cantidad pendiente de atender ascendía a unos seiscientos millones de pesetas, correspondientes aproximadamente a quince clientes. Asimismo, manifestó que asumía toda la responsabilidad de lo sucedido afirmando que la Agencia de Valores había desconocido desde el principio la operativa desarrollada. Por último, se comprometía a entregar a la CNMV toda la documentación que obraba en su poder, fijándose, una nueva reunión en su domicilio de Valencia, dos días después, el 1 de Marzo de 1.995, fecha en que funcionarios de la CNMV, se personaron en el domicilio de Don E.L.P. solicitando toda la documentación concerniente a los fondos captados, tal y como consta en el acta levantada por los inspectores. Habiendo manifestado el recurrente que no disponía de la información requerida, se comprometió a aportarla a la mayor brevedad posible.

SEGUNDO.- A continuación de tales actuaciones la CNMV remitió al actor en fecha 3 de Marzo de 1.995, requerimiento de información en el que se solicitaba aportase la documentación relativa a las operaciones realizadas por él en el mercado de valores. En su contestación, recibida en la sede de la CNMV el día 13 de Marzo, manifestó el actor que le era imposible, momentáneamente, remitir la documentación solicitada debido a que sus Letrados estaban manteniendo entrevistas con todos los interesados, y ofreciendo toda su colaboración una vez clarificada la situación.

El día 16 de Marzo de 1.995 la división de Inspección reiteró el Requerimiento de Información arriba mencionado, dando así cumplimiento al trámite preceptivo contenido en la letra b) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, a efectos de tener por no contestado el requerimiento. Se informó, asimismo, en este segundo escrito al actor de la facultad concedida a la Administración por la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del

Procedimiento Administrativo Común, de ampliar, a petición de los interesados, los plazos establecidos para contestar a los requerimientos formulados, petición que no se produjo. En su contestación, recibida en la sede de la CNMV el día 27 de Marzo, el actor manifestó lo siguiente: "Que la documentación interesada obraba en poder de la Sociedad AGF, a quien le fue entregada por el mismo Sr. L. Que dado su carácter de apoderado de AGF, la obligación de informar no le correspondía a él personalmente, sino a los directivos o representantes legales de dicha entidad. Que su postura no debía entenderse como un acto de resistencia ante la inspección de la CNMV, ya que la documentación estaba a disposición de la Comisión Nacional en las oficinas de AGF, sino como la sincera interpretación de que existía en su persona una falta de legitimación, no debiendo la Comisión Nacional del Mercado de Valores dirigirse a él para recabar los documentos solicitados..."

El día 29 de Marzo de 1.995, la división de inspección de la CNMV remitió al actor un tercer Requerimiento de información reiterando la solicitud de información contenida en los dos anteriores y haciendo constar que la no remisión de los datos requeridos podría tener la consideración de resistencia a los efectos previstos por el artículo 99 t) de la Ley del Mercado de Valores.

Asimismo, el escrito recordaba al actor que la obligación de informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores recaía sobre él personalmente, puesto que su intervención supuestamente irregular en los mercados de valores que ha dado lugar a la apertura de expediente lo fue a título individual, como persona física, bien en nombre y por cuenta propia o bien en su condición de representante de intermediarios autorizados.

La contestación al Requerimiento anterior se recibió en la sede de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 5 de Abril de 1.995. En ella el actor manifestó: "Que la aportación de la documentación solicitada podrá entorpecer las negociaciones que se están llevando a cabo para lograr el resarcimiento económico de cuantos hubieran resultado perjudicados por las inversiones realizadas por Don E.L. Que éste carecía de legitimación para responder al requerimiento, debido a su condición de apoderado de la Agencia de Valores AGF. Dicha legitimación la ostentaba dicha agencia, a quien el actor entregó la documentación solicitada..."

TERCERO.- En la demanda se opone al acto administrativo recurrido la presunta nulidad de pleno Derecho del mismo por supuesta incompetencia material, aduciéndose prejudicialidad penal, relativa a las Diligencias Previas nº 1300/95, del Juzgado de Instrucción nº 16 de Valencia, según certificado de su Secretario, expedido el 5 de Febrero de 1.997, en que se hace constar que los presuntos delitos objetos de tales diligencias son: Estafa, Alzamiento de Bienes y Falsedad.

La Sala considera que la negativa o resistencia a la actuación inspectora de la C.N.M.V., objeto de la resolución recurrida, no tiene íntima conexión como alega el recurrente, con los presuntos delitos investigados en las aludidas Diligencias Previas, y por lo tanto, no se está infringiendo por la Administración el art. 7 nº 1 del Reglamento de 4 de Agosto de 1.993, sobre el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración

porque no concurre en este caso prejudicialidad penal, tratándose de hechos y actuaciones distintas y separables, con autonomía de causación y de regulación jurídica, los objetivados en el presente expediente administrativo, respecto de los enjuiciados en las mencionadas diligencias siendo también diferentes los títulos de imputación, así como los comportamientos encajables en aquellos tipos penales, en relación a los encuadrables en el de la infracción administrativa examinada en este recurso.

Debemos entender que por negativa o resistencia a la actuación inspectora de la CNMV, el art. 99 letra t) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, se está refiriendo a una conducta de desobediencia y rebeldía para impedir que funcionarios públicos, se desenvuelvan en el ejercicio legítimo de sus funciones, con merma de su efectividad. Y debe considerarse resistencia, en vía administrativa, aquella actitud que sea de oposición a la CNMV, cuando actúa dentro de sus funciones, porque no se suministra la información requerida reiteradamente, porque se facilita con retraso malicioso, ó porque la información aportada incorpora omisiones o imprecisiones deliberadas que impidan una actuación eficiente de las personas facultadas para recabarla, por lo tanto en este caso, la Sala considera que el actor efectivamente ha incurrido en resistencia a la actuación inspectora al no aportar la información requerida, dentro de los cauces reglamentarios y con la debida diligencia, por la C.N.M.V. Existiendo intencionalidad en el conjunto de respuestas elusivas del actor a los sucesivos requerimientos de información en las que manifiesta su voluntad de ocultar la información requerida. Lo cual no es aceptable jurídicamente porque pretender acuerdos privados intentando evitar la actuación del órgano que tiene atribuidas por la ley las competencias de supervisión, inspección y sanción, mediante la ocultación de la información requerida, representa una conducta fraudulenta, reprochable desde el punto de vista de la normativa aplicable que se trata de evadir por el actor.

Así pues, se han cumplido en este caso en la Orden Ministerial recurrida los requisitos de tipicidad y culpabilidad, respecto de la conducta acreditada del actor, que encuentra adecuado encaje en el tipo legal que le ha sido imputado, concurriendo, como autor culpable del mismo, el necesario elemento intencional.

CUARTO.- En este caso, la Sala considera que no se ha conculcado el principio "non bis in idem". porque según el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores: *"El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismo hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible, el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial..."* Por su parte, el artículo 133 de la LRJAP y PAC establece que: *"No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"*. Pues bien, en el presente caso no se cumple el requisito de identidad de hechos exigido para suspender el procedimiento administrativo, ya que los hechos materiales del presente procedimiento se reducen a la no remisión por el actor de la información solicitada por la CNMV, hecho que por lo tanto no pueden coincidir con los que

son objeto de las Diligencias Previas mencionadas, en el Fundamento de Derecho Tercero de esta sentencia.

Tampoco, entiende la Sala que concurra en este caso; conculcación del artículo 24.2 de la Constitución, en lo que se refiere al derecho de cualquier persona a no declarar contra sí misma y no confesarse culpable, porque la sanción por resistencia a la actuación inspectora tiene por objeto proteger la debida observancia de los deberes formales que la Ley del Mercado de Valores impone en el artículo 85 a los sujetos sometidos a su ámbito de aplicación, cuales son los de allegar la información referente a las operaciones de valores realizadas y el de colaboración con la actuación de la Comisión con la finalidad de verificar la veracidad de la información emitida, deberes que se encuentran en la base de un adecuado cumplimiento de las funciones de supervisión e inspección que la Ley le tiene atribuidas y que debe entenderse como independiente del ejercicio de la potestad sancionadora, tal y como establece el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores. En este sentido, la sentencia de esta Sala de la Audiencia Nacional de 7 de Marzo de 1.994, recaída en un recurso contencioso-administrativo tramitado por el procedimiento de la Ley 62/78, de 26 de Diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, por el GFI, al referirse al fundamento del deber de informar a la Administración señala que éste tiene su apoyo en la necesaria intensificación de la intervención administrativa en el ámbito de los mercados de valores, que necesariamente se manifiesta en la facultad de la Administración y en la obligación de los operadores del mercado de recabar y suministrar, respectivamente, la información necesaria, encontrando su fundamento dicho deber de informar en el deber de colaboración a que se refiere el artículo 118 de la Constitución.

Asimismo, en la referida sentencia de la Audiencia Nacional, esta Sala después de haber fundado el deber de colaboración con la Administración en el artículo 118 de la Constitución, reconoce que si bien es cierto que el mismo encuentra su límite en el derecho fundamental del artículo 24 de la Constitución, no existe entre los mismos colisión alguna, pues esa colaboración no es equiparable a la declaración comprendida en el artículo 24.2, dado que no implica manifestación de voluntad que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, y menos cuando se contrae a la aportación de determinados datos objetivos que legalmente han de obrar en poder del sujeto requerido.

QUINTO.- Así pues, el derecho a no declarar contra sí mismo debe limitarse a declaraciones que exterioricen un contenido de voluntad admitiendo la culpabilidad del que la emite y no puede impedir el deber de colaborar del sujeto inculpado para que sea objeto de una especial modalidad de pericia, exigiéndosele una especial colaboración no equiparable a la declaración, o la exhibición de documentos contables o, bien, pura y simplemente, el suministro de información; en este sentido se manifiestan las sentencias del Tribunal Constitucional 76/90, de 26 de Abril y 110/84, de 26 de Noviembre.

Por último, alega el actor en su demanda que la documentación que la CNMV le exige es la misma que en el momento del inicio del conflicto él mismo suministró a la Agencia de Valores AGF, por lo que la CNMV dispone ya íntegramente de dicha documentación, prueba de ello, según el recurrente, es la instrucción del expediente sancionador que dio origen al

Recurso nº 239/96, tramitado por esta misma Sección, y que se refiere a los hechos relevantes de intermediación del actor en determinadas operaciones irregulares presuntamente, cuyo contexto aproximado se ha reseñado en el primer fundamento jurídico de esta sentencia.

No obstante, entiende la Sala que esta versión del demandante, según se pondera correctamente en la Orden Ministerial recurrida, contradice la anterior alegación del actor, puesto que si entiende que la CNMV ya dispone de la documentación que se le exige, porque ya la ha entregado indirectamente a la Comisión a través de AGF, difícilmente se puede considerar que la remisión directa a la CNMV de la información exigida podría vulnerar su derecho a no declarar contra sí mismo, puesto que la Comisión ya posee esa supuesta declaración.

No puede entenderse que la CNMV ya dispone de la información solicitada, en su totalidad; porque la obtenida a través de otras actuaciones no nos consta que sea suficiente, puesto que la Sala entiende de que no toda la documentación solicitada ha sido obtenida de AGF por la Comisión, según resulta de la redacción del requerimiento no atendido por tres veces, en el que se pide por ejemplo al actor la "Documentación relativa a las operaciones realizadas por Don E.L.P. antes de haber adquirido la condición de representante de "A.G.F., A.V., S.A". Por lo tanto, consideramos que no es posible que los instructores del expediente obtuviesen dichos datos de AGF.

En consecuencia, la Sala entiende que está ajustada a Derecho la Orden Ministerial, impugnada, pues no puede admitirse el razonamiento de que el actor no está obligado a informar a la CNMV al haber entregado la documentación a AGF por su condición de apoderado de dicha Agencia, si consideramos que este argumento sólo es válido, cuando el recurrente actuó en nombre y por cuenta de AGF, dentro de los límites del poder concedido, en cuyo caso las operaciones se habrían recogido en la contabilidad de la Agencia a nombre de los respectivos clientes. Sin embargo, no fue esto lo que hizo, interponiéndose al parecer el actor entre los ordenantes de los que captaba fondos y la Agencia de Valores, comportándose presuntamente como un intermediario financiero sin estar habilitado para ello, lo que ha provocado la incoación del correspondiente expediente sancionador. Así pues, la obligación legal de información del actor resulta evidente, según el criterio de la letra c) del número 2 del artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores, y dicha alegación carece de fundamento, ya que aún en la hipótesis de que sólo hubiera actuado como representante legítimo, también estaría sometido a la supervisión, inspección y sanción de la CNMV.

SEXTO.- En cuanto a la graduación de la sanción impugnada, según el artículo 102 de la Ley de Mercado de Valores correspondería al supuesto de autos, según la letra a) de dicho precepto legal, "por la comisión de infracción muy grave, se impondrá al infractor una sanción de Multa por importe máximo de 50.000.000 ptas"; y teniendo en cuenta que se trata de una persona física que ya ha cesado en su actividad, procede imponer una multa. Para determinar la cuantía es preciso considerar la entidad de la infracción cometida, desde esta perspectiva, la gravedad de la infracción debido a la falta de diligencia que se espera de

las personas en régimen de sujeción especial, las cuales tienen atribuída en exclusiva la actuación en los mercados de valores por las especiales características que en ellos concurren de honorabilidad, capacidad profesional y solvencia, y siendo fundamental para una correcta supervisión del mercado la colaboración activa y diligente de las personas que actúan en los mismos , procedería, en principio, la imposición de la sanción en su grado máximo pero según se razona en la Orden Ministerial recurrida, se ponderan los distintos parámetros aplicables para cuantificar la sanción, no pudiendo calcularse el beneficio cifrable y tratándose de una persona física, teniendo en cuenta la necesaria aplicación del principio de proporcionalidad entre la infracción cometida y la sanción a imponer, procede imponer una multa de 5.000.000 de ptas; es decir, una cifra comprendida dentro del grado mínimo, o tercio inferior del baremo, cuyo máximo valor apreciable es el que la Sala ha comentado al principio del presente fundamento jurídico.

Por lo tanto, entendemos que se ha aplicado correctamente el principio de proporcionalidad, una vez consideradas las reiteradas desatenciones del actor respecto de los requerimientos de información que formuló la CNMV, con la debida sujeción al ordenamiento jurídico. Y habiéndose acreditado el incumplimiento sin suficiente causa de justificación por parte del actor de su deber de atender tales requerimientos administrativos incurriendo en la infracción del tipo legal descrito en el art. 99 t) de la norma aplicable al caso, Ley 24/88 e imponiéndosele la sanción en su grado mínimo, procede, al no haber prosperado las causas de impugnación de la Orden Ministerial recurrida, alegadas en la demanda, en virtud de los precedentes razonamientos jurídicos, desestimar el presente recurso contencioso-administrativo.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131.1 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 presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don E.L.P, confirmando la Orden Ministerial de 15 de Febrero de 1996, por estar ajustada a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma no cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio 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.