

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE
2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 310/00
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de septiembre de 1999, confirmada en vía administrativa por otra del mismo Ministerio de 24 de enero de 2000
Fallo: Desestimatoria

Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil tres.

VISTO, en nombre de su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 310/2000, seguido a instancia de "B. I. C., A.V., S.A.", sucesor de "S. C. G., A.V., S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales Don R. R. N., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogada del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en menos de 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado D. Santiago Soldevila Frago.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden de fecha 22 de septiembre de 1999, confirmada mediante resolución de 24 de enero de 2000, en virtud de la cual se imponía a la recurrente, entre otros, la sanción de multa por importe de 15 millones de ptas. (90.000 €) como consecuencia de la comisión de la infracción grave prevista en el art. 99 s) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, derivada de los siguientes hechos:

* La entidad "S. C. G., A. V., S.A.", se inscribe como Agencia de Valores en el Registro de la CNMV el 19-12-1997, y contaba con 5 personas trabajando en sus 3 departamentos, de los que 2 son a su vez Consejeros Delegados que son los únicos que desarrollan diariamente sus funciones en la Agencia que desarrollaba su actividad principalmente en la prestación de servicios de intermediación y gestión de las carteras a clientes institucionales.

* EL 27 de febrero de 1998, como consecuencia de una visita de Inspección de la CNMV a la sede de "S. C. G., A.V., S.A." se constató que la Agencia contaba con 1076 cuentas de gestión de carteras que correspondían a 1056 clientes (el 94,64% de su clientela), de los cuales sólo 75 habían entregado a "S. C. G., A.V., S.A." efectivo o valores para su gestión, 148 no habían realizado ninguna operación y el resto (el 90%) sólo había realizado una operación: haber acudido el 17-02-1998 a al OPV de acciones de Argentaria vendiendo ese mismo día los títulos adjudicados, sin haber realizado en su inmensa mayoría, una previa aportación de fondos.

* El punto 12 de los Hechos Probados de la OM impugnada se relacionan las irregularidades cometidas en la contratación antes referida, subrayando la baja edad (5 menos de edad, y 20 personas entre 18 y 23 años) y bajo poder adquisitivo de los clientes, vinculados al círculo familiar de los gestores de la Agencia, que incluso firmaron

los contratos de gestión a cambio de precio, con la promesa de obtener un beneficio sin riesgo al no realizar aportación alguna.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo frente a la anterior resolución, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda, tras subrayar el Informa de 8-06-1999 en el que 3 miembros del Comité Consultivo de la CNMV mostraron su opinión negativa sobre la inadecuación del tipo de infracción aplicado ante la falta de acreditación por la CNMV de los hechos imputados, se basó en las siguientes consideraciones relacionadas con la violación de los derechos fundamentales de la recurrente:

1) Nulidad de pleno derecho de la OM impugnada por violación del derecho a la presunción de inocencia y a la utilización de los medios de prueba pertinentes para su defensa: Art. 24.2 CE.

* Falta de respeto a las garantías fundamentales del procedimiento administrativo sancionador: no se han observado en la formación de las pruebas indiciarias y en la falta de acreditación de la voluntariedad de la recurrente.

* Lesión del derecho a utilizar medios de prueba pertinentes: la recurrente propuso prueba documental y testifical que fue denegada indebidamente ya que tenía relación manifiesta y precisa con los hechos imputados. La principal prueba contra "S. C. G., A.V., S.A." eran las *"manifestaciones realizadas por las personas que, según los Registros y Libros de la entidad, tienen establecida relación de clientela con la misma"*, siendo la principal prueba de cargo un cuestionario que se hizo circular entre los clientes de "S. C. G., A.V., S.A.". La prueba propuesta se encaminaba a identificar a los testigos y a ejercer el derecho a repreguntar.

* Lesión del derecho a la presunción de inocencia: En la integración del tipo de la infracción: en relación a la simulación de transferencias de titularidad de valores, se observa que la OM invierte la carga de la prueba, y admite la comisión de la simulación por negligencia. En cuanto a la interposición de personas, la OM centra la acreditación de la responsabilidad en indicios racionales que no se comparten invocando interpretaciones alternativas. En la ejecución de la Orden sancionadora: la CNMV dio publicidad, equívoca, a la sanción sin ser ésta firme, al margen de todo procedimiento.

2) Anulabilidad de la Orden recurrida por infracción del ordenamiento jurídico.

* Infracción del art. 6 RD 2119/1993: el pliego de cargos no concretó los hechos imputados ni los imputó a cada uno de los presunto responsables por los que la prueba obtenida a través de un cuestionario distribuido entre los clientes es nula ampliando de forma irregular el tipo de la infracción.

* Infracción del Art. 99 s) LMV: ninguno de los indicios aceptados por la OM sirve de base para una deducción racional de una estrategia generalizada de simulación ni de la

práctica de interposición de personas, esencialmente por ser lícitas las actuaciones de "S. C. G., A.V., S.A." y por ser numéricamente despreciables las cifras aportadas por la CNMV para deducir conductas generalizadas de la recurrente. Por otra parte se aprecia infracción de los requisitos establecidos por la Sala para apreciar simulación o interposición de personas: No existe prueba en el expediente sobre el desdoblamiento de la titularidad de los valores.

* Infracción por la Orden de art. 14 Ley 26/1988: Se ignoran las circunstancias atenuantes existentes, como la buena fe de "S. C. G., A.V., S.A." en el esclarecimiento de los hechos, la falta de perjuicio económico para sus clientes, sucediendo los hechos en el primer mes de vida de "S. C. G., A.V., S.A.", apreciando por el contrario de forma indebida las agravantes de atentar contra la transparencia de los mercados al estar implícito el tipo infractor, la juventud de la Agencia circunstancia que no está contemplada en el art. 14, y el impacto sobre el sistema financiero que es incompatible con la escasa entidad de la Agencia en ese marco.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida a la que se remite. Para sostener esta pretensión rebatieron los argumentos del recurrente en los siguientes términos: Se respetaron las garantías procedimentales de la recurrente y la conductora quedó perfectamente probada.

CUARTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

QUINTO.- Señalado el día 25 de noviembre de 2003 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de las sanciones impuestas a la Agencia de Valores "S. C. G., A.V., S.A.", como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedentes Primero de esta resolución. Las alegaciones sobre las que sé vértebra la defensa se construyen entorno a una idea esencial; la violación por la O.M. impugnada de los principios básicos que rigen el procedimiento sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento. En consecuencia analizaremos por separado las distintas garantías invocadas, tendiendo en cuenta que esta Sección ha dictado tres Sentencias en fecha 22-01-2003 (rec. nº 491/00, y 10 de abril de 2003, rec. Nº 275/00 y rec. nº

315/00) en virtud de las cuales se confirmó la OM por la que se sancionaba por estos mismos hechos a los dos Consejeros Delegados y aun empleado de la Agencia.

SEGUNDO.- La primera de las cuestiones planteadas ya ha sido objeto de respuesta por esta Sección en las sentencias referenciadas, ésta ha sido desfavorable para los intereses de la recurrente. En esencia hemos mantenido que la Agencia recurrente desplegó su conducta con la plena y consciente voluntad de realizar una conducta especulativa con una serie de clientes que no tenían la real intención de operar en el mercado y que se limitaron a prestar su identidad para que la Agencia realizara una conducta prohibida en los términos definidos en los Antecedentes de esta resolución. La prueba practicada debe estimarse suficiente, pues el Tribunal Constitucional ha sostenido reiteradamente la validez de la prueba indiciaria para desvirtuar la presunción de inocencia. Por otra parte, la circularización de un cuestionario no ha sido la única prueba con la que contó la Administración para imponer la sanción, ya que de forma principal se han tenido en cuenta el examen de la documentación de la propia Agencia, los contratos suscritos y la identidad y circunstancias de los clientes, sin que las explicaciones alternativas ofrecidas por la Agencia hayan podido desvirtuar la convicción de culpabilidad fundada no en uno y sí en el conjunto de los indicios probados y la única consecuencia lógica que se desprende de los mismos. Aunque debe admitirse que en el cuestionario elaborado por la CNMV no tuvo intervención la recurrente, no lo es menos que se admite práctica de informaciones reservadas siempre que, como en este caso, posteriormente la parte imputada pueda formular observaciones y además aportar su propio cuestionario, lo que evidencia el carácter contradictorio de la prueba y la posibilidad real de los medios de defensa empleados, lo que deja sin contenido la queja, meramente formal, de la recurrente sobre la indebida denegación de prueba. En esta sede jurisdiccional no ha alegado y menos aún acreditado en qué exacta medida la prueba testifical denegada pudo haber desvirtuado la imposición de la sanción basada esencialmente en el examen de documentos que evidencian la forma de proceder de la recurrente. De acuerdo con la STC 1/1996 una simple alegación formal de indefensión, que es lo que la recurrente ha hecho en su demanda, no puede fundar la anulación de una resolución sancionadora.

TERCERO.- En relación a la tercera cuestión, infracción del principio de tipicidad, de acuerdo con el Abogado del Estado nos remitimos la FJ 10 de la OM impugnada que invoca el Art. 99 s) LMV como norma que tipifica la conducta sancionada. La norma sanciona dos conductas, por una parte la utilización de personas interpuestas para lograr un resultado prohibido, y por otra la realización de operaciones sobre valores que implican simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos. El bien jurídico que se protege con ellas es la transparencia del mercado, y resulta inequívoco que la actuación de la recurrente ha ido encaminada a obtener la opacidad de unas determinadas conductas bien para la ocultación de éstas en sí o bien para proteger la identidad del verdadero titular de la operación, razones por las que entendemos que la infracción se ha consumado con la forma de proceder de la recurrente, claramente voluntaria en la conducta consistente en la interposición de personas y amparada en una culpa grave que raya con un dolo eventual, la segunda conducta sobre simulación. Por otra parte, el hecho de que la CNMV diera publicidad a la resolución con infracción de la normativa al respecto, no constituye en sí mismo una causa de nulidad o anulación de la resolución por tratarse de una irregularidad no invalidante.

CUARTO.- Finalmente, la demanda se centra en reprochar a la resolución impugnada la infracción del principio de proporcionalidad, planteamiento con el que debemos mostrar nuestra disconformidad, con arreglo a los siguientes argumentos: La sanción de 15 millones de ptas. se impone en su grado mínimo dado que el máximo eran 50 millones de ptas. (art. 102 LMV), y ello a pesar de que la resolución en el FJ 15 dice que en el medio, lo que implica que no se ha tomado en consideración circunstancias agravantes que en pura lógica, y desde luego según los criterios del CP, impedirían la sanción en ese grado mínimo. Por ello las circunstancias analizadas en la resolución simplemente justifican la imposición de la sanción en la más elevada cuantía dentro del grado mínimo, lo que es conceptualmente distinto de clasificarla como agravantes. Así parecen razonables los criterios seguidos en orden a entender que son especialmente exigibles los deberes de diligencia en quien inicia su actividad.

Las alegaciones de la demanda agrupadas bajo la rúbrica "*anulabilidad de la OM recurrida por infracción del ordenamiento jurídico*" vienen en esencia a reproducir las argumentaciones antes señaladas; no obstante sí debemos precisar que no ha existido inconcreción o falta de individualización en el pliego de cargos, y que exista una identidad sustancial entre los hechos imputados y las sanciones impuestas.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art.131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente.

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y confirmamos el acto impugnado. No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.