

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE FEBRERO DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1586/93
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de abril de 1993 que confirma en reposición la del mismo Ministerio de 11 de enero de 1993.
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a veinticuatro de Febrero de mil novecientos noventa y siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don J.A.S., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don N.M.R., 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 19 de Abril de 1993, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Don J.A.S. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don N.M.R., 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 19 de Abril de 1993, solicitando a la Sala, se declare la nulidad del acto impugnado.

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 de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la misma y alegando lo que a tal fin entendió oportuno.

TERCERO.- No habiendo sido solicitado el recibimiento a prueba y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diecinueve de febrero de mil novecientos noventa y siete.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en autos la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de Abril de 1993, por la que se confirma en reposición las sanciones impuestas al actor, por la Orden de 11 de Enero de 1993. Así, como consecuencia de la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 99 l) en relación con el 71 j), 99 s) y 99 i), todos ellos de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, se impusieron al hoy actor las sanciones de tres años de inhabilitación por cada una de las dos infracciones tipificadas en el primero de los preceptos citados, 5.000.000 pesetas de multa por la infracción

tipificada en el segundo de los preceptos mencionados, y 5.000.000 pesetas por la infracción prevista en el último de los citados preceptos.

SEGUNDO.- Del examen del expediente administrativo resulta acreditado:

A) El 23 de Julio de 1990, E., SVB, SA y G., SA firmaron un contrato de gestión de cartera, entregando la segunda a la primera trescientos millones de pesetas. Desde la citada fecha, hasta el 31 de Diciembre de 1990, G., SA perdió 168.000.000 de pesetas, como consecuencia de las operaciones realizadas en virtud del señalado contrato, de los cuales 84.000.000 pesetas se perdieron en la negociación de títulos de Inmobiliaria Alcazar. Determinadas operaciones realizadas en la cartera de G., S.A., tuvieron como contrapartida la cartera propia de E., SVB, S.A., suponiendo dichas operaciones un beneficio para la última sociedad de 41.525.000 pesetas. La venta a G., S.A. de 59.500 títulos Fidelity Japan OTC el 31 de Julio de 1990, por E., SVB, S.A., supusieron para ésta un beneficio de 12.754.053 pesetas.

El 9 de Julio de 1990, E., SVB, S.A., celebró un contrato de gestión de cartera con representantes de Dña. M.A.P.M., recibiendo la suma de 75.000.000 pesetas. Desde la citada fecha y hasta el 13 de Febrero de 1991, se produjeron pérdidas para la citada señora de 35.000.000 pesetas. Se realizaron distintas operaciones teniendo como contrapartida la cartera de E., SVB, S.A., que le supuso un beneficio a esta última de 10.905.000 pesetas.

En la negociación de títulos de Inmobiliaria Alcazar desde el 1 de junio de 1990 hasta diciembre de 1990, E., SVB, S.A. ganó 46.625.000 pesetas.

B) Se observan intervinientes en el proceso de compra y venta de los títulos de Inmobiliaria Alcazar: "Y., S.A." compra y vende 35.300 títulos entre julio y diciembre de 1990; "F., S.A." que en el mismo período compra y vende 44.800 títulos. Ambas sociedades son instrumentales del Grupo "E.". "B., S.A.", patrimonial del recurrente hasta septiembre de 1990 en que es vendida, y en la que se encontraban depositadas sus acciones de E., SVB, S.A., compra y vende entre julio y octubre de 1990, 12.015 títulos de Inmobiliaria Alcazar obteniendo un beneficio de 12.579.900 pesetas. En la cuenta abierta a nombre de "B., S.A." en E., SVB, S.A., no se producen movimientos de fondos, pero el 11 de octubre se carga una factura por asesoramiento a nombre de E., SVB, S.A. por un valor igual al saldo existente por diferencia entre el beneficio antes citado y pérdidas en operaciones con otros valores. "Inversiones B., S.A.", sociedad instrumental del recurrente, en proceso de liquidación desde el 1 de octubre de 1990, compró y vendió entre julio y octubre de 1990 un total de 38.351 títulos de Inmobiliaria Alcazar. Igualmente se realizaron compras y ventas de los repetidos títulos, entre julio y octubre de 1990, por Dña. P.A.P. y Dña. M.F.G.P., esposa y abuela respectivamente de Don L.C.M. -Jefe del Departamento de Renta Variable y, desde el 20 de Agosto de 1990, Director de la Sociedad de Valores-.

C) En el segundo semestre de 1990, E., SVB, S.A., negoció en la Bolsa de Madrid títulos de Inmobiliaria Alcazar, en un volumen que suponía el 70% del total negociado, y en el mercado del Bilbao el 100% de la negociación.

D) El hoy recurrente ostentaba el cargo de Director General del Área Financiera, Comercial y Administración de E., SVB, S.A., hasta el 20 de Agosto de 1990.

TERCERO.- Pues bien, de lo expuesto ha de concluirse, que la negociación entre la cartera de clientes –G., S.A. y Dña M.A.P.M.–, y la propia cartera de E., SVB, S.A., es una de las conductas tipificadas en el artículo 99, en su apartado l), de la Ley 24/1988 como infracción muy grave, *"La inobservancia por las Sociedades y Agencias de Valores de lo dispuesto en los artículos 66, 69, 71, 72 y 75"*, en relación con el artículo 71 j) de la propia Ley, que autoriza a la Sociedades de Bolsa a *"Gestionar carteras de valores de terceros, en cuyo caso no podrán negociar por cuenta propia con el titular de los valores objeto de la gestión"*.

La utilización de sociedades y personas interpuestas para la negociación de títulos, es conducta subsumible en el artículo 99 s), *"... la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos"*.

La realización de compraventas de valores basada en la concurrencia de oferta y demanda sin valor económico real, se dirigió a formar precio respecto a los títulos de Inmobiliaria Alcazar, en los mercados de Madrid –con un volumen de negociación de los títulos operada por E., SVB, S.A. del 70% en el segundo semestre de 1990–, y de Bilbao – con un volumen del 100% de la negociación en el mismo periodo-. Tal conducta es constitutiva de infracción muy grave según lo dispuesto en el artículo 99 i) de la Ley 24/1988, *"El desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores"*.

Por ser la entidad a cuya actividad se imputa la comisión de las infracciones señaladas, una de las recogidas en el artículo 84.1 c) de la Ley 24/1988, es de aplicación lo dispuesto en el artículo 105 de la citada Ley y por ello corresponde imponer a quienes ejerciendo cargos de administración y dirección resulten responsables de la infracción, las sanciones de multa, suspensión o inhabilitación, previstas en la norma.

CUARTO.- Argumenta el recurrente en esencia, de una parte, su desconocimiento y falta de participación en los hechos descritos constitutivos de infracción, toda vez que desde el 13 de julio de 1990 y hasta el 20 de agosto del mismo año, momento en el que abandona el cargo que desempeña en la Sociedad de Valores, se encontraba disfrutando de sus vacaciones. De otra parte, su firma, según dice, no era necesaria para la adopción de las decisiones concernientes a las señaladas operaciones, y ello, al ser suficiente las de dos miembros del Comité Ejecutivo. Concluye, en fin, señalando que muchas de las operaciones antes descritas, se producen cuando ya ha abandonado la Dirección del Área Financiera, Comercial y de Administración de la Sociedad no ordenando nunca las operaciones descritas en el expediente administrativo, y exigiendo explicaciones a la Sociedad infractora frente a operaciones realizadas mediante sociedades de las que era administrador único.

Pues bien, una correcta valoración de la prueba practicada en el expediente administrativo, exige el análisis de las circunstancias concurrentes y hechos objeto de la misma a la luz de la sana crítica, de suerte que, según lo que enseña la experiencia,

pueda establecerse desde criterios lógicos el grado de participación del hoy actor en los acontecimientos que ocasionaron la imposición de las correspondientes sanciones.

Se ha dicho, y ello es aceptado por recurrente, que el mismo ocupaba desde 1989 y hasta el 20 de agosto de 1990 la dirección general del área financiera, comercial y de administración de la Sociedad infractora. También queda acreditado que en las operaciones constitutivas de infracción, participaron sociedades instrumentales del propio recurrente, de las que era administrador único, en un momento en que aún no habían sido vendidas y disueltas respectivamente. Desde luego no se ajusta a los más elementales criterios de la lógica, concluir que, quien desde 1989 dirigía el área financiera, comercial y de administración de la Sociedad bursátil y por ello debía tener un profundo conocimiento de la misma, estuviese completamente ajeno a las operaciones que en ella se realizaron, y más aún si atendemos a la utilización en la realización de tales operaciones, de sociedades instrumentales de quien hoy es demandante. Pero aún más, como correctamente señala la Administración demandada, las operaciones descritas se iniciaron en un momento anterior a la ausencia por vacaciones del recurrente, así, entre el 3 y el 13 de Julio de 1990, salen 30.000 acciones de Inmobiliaria Alcazar de la cartera de E., SVB, S.A., que tras ser compradas y vendidas por Helman Enterprise Inc. –también vinculada al Grupo en la realización de diversas operaciones-, y Don M.G.C. –cuya cartera gestionaba E., SVB, S.A.-, quedan en poder de "F., S.A." y "Y., S.A.", sociedades que, como se ha visto, eran instrumentales de E., SVB, S.A. En tal momento el actor ejercía efectivamente la dirección general que le correspondía.

Si efectivamente, y así lo entiende la Sala, las operaciones objeto de sanción, eran consecuencia de un plan previamente diseñado –no puede ser de otra manera si atendemos a una finalidad única que se va desarrollando en distintos momentos y en virtud de diferentes operaciones, cual es la alteración del real valor de los títulos de Inmobiliaria Alcazar-, tal plan se establece y empieza a desarrollarse cuando aún el actor se encontraba ejerciendo sus funciones de director general. Debe concluirse, desde los criterios de la sana crítica y según lo que la experiencia enseña, que del análisis de la circunstancias concurrentes resulta, que el recurrente tuvo participación directa y activa en los hechos y operaciones constitutivos de infracción, y no sólo en virtud de la dirección que ocupaba, sino con participación concreta de sociedades de las que era administrador único.

QUINTO.- Lo expuesto hasta ahora nos lleva a concluir lo infundado de la argumentación actora, en orden a la vulneración del principio de igualdad previsto en el artículo 14 de la Constitución, en cuanto a que, respecto de quien fue vicepresidente de la Sociedad de Bolsa, desde el 19 de Diciembre de 1990, no se ha impuesto sanción alguna ni se le reconoce participación en los hechos sancionados; y ello, porque la responsabilidad del actor deriva de su participación en el diseño e inicio de una operativa, que después continuó en su ausencia, pero al que indiscutiblemente siguió prestando su consentimiento, en la medida en que no realizó actividad alguna encaminada a evitar la continuación del desarrollo de la misma. En el caso del vicepresidente de la Sociedad, su nombramiento se produce el 19 de Diciembre de 1990, siendo así que las operaciones descritas culminaron a finales de Diciembre de 1990, y sin que conste participación en ellas del citado vicepresidente en un momento anterior a su nombramiento, ni posterior

al mismo, dado el escaso tiempo transcurrido entre el nombramiento y el fin de las actividades constitutivas de infracción.

SEXTO.- Desde el punto de vista de la graduación de la sanción impuesta, dos son los reproches actores al acto impugnado, en primer lugar entiende aplicable el régimen de infracción continuada –en el concepto previsto para los delitos-, por aplicación del artículo 4.4 del Real Decreto 1389/1993; en segundo lugar afirma ser desproporcionada la imposición de sanción en su grado máximo.

Respecto al primero de los señalados aspectos, es necesario, para la aplicación de la técnica que pretende el recurrente para la graduación de la sanción, de una parte que las infracciones deriven unas de otras, y de otra parte, que se ataque a un mismo bien jurídico protegido –en la interpretación del anterior artículo 69 bis del CP, hoy artículo 74-. En el supuesto de autos, no es esto lo que ocurre: los bienes jurídicos protegidos son, la evitación de conflicto de intereses y tutela de la confianza de los clientes así como la correcta gestión de intereses ajenos, en la infracción prevista en el artículo 99 l), la transparencia en el mercado bursátil como garantía de su correcto funcionamiento en la falta prevista en el artículo 99 s), y la libre formación de los precios en cuanto ajustados a unas reales ofertas y demandas, es lo que asegura el artículo 99 i). No existe idéntico bien jurídico protegido en las distintas infracciones. Pero de otra parte, tampoco las señaladas faltas derivan unas de otras: las operaciones entre las carteras de clientes y de la sociedad, no son el medio indispensable para alterar los precios del mercado, ni tampoco lo es la simulación en la transferencia de titularidades, todas estas infracciones, aunque unidas por la voluntad de los agentes, no se encuentra interrelacionadas en cuanto a la mecánica de su producción, de hecho, la alteración de precios, puede realizarse sin el concurso de las otras conductas infractoras, y así mismo, las operaciones entre carteras no requieren necesariamente simulación.

Las actuaciones infractoras son conceptualmente distintas e independientes. Quienes las realizaron, pudieron optar por unas o por otras, sin nexo necesario entre ellas. Tal sustantividad impide aplicar las técnicas de graduación de sanciones que propugna la parte actora.

Respecto a la proporcionalidad de las sanciones impuestas al recurrente, es de señalar que las mismas se imponen en su grado máximo, según razona la Administración, debido a la alarma social que ha creado el conjunto de actuaciones realizadas por E., SVB, S.A., con el consiguiente daño a los mercados de valores; igualmente se atiende a la existencia de una infracción anterior tipificada en el artículo 99 s) de la Ley 24/1988, cometida por E., SVB, S.A., siendo las personas que en ella ejercían cargos de administración y dirección, las mismas hoy sancionadas.

Tales circunstancias, en cuando reflejan un especial desprecio por las normas de aplicación al mercado bursátil y que garantizan la eficacia del mismo, así como el importante daño causado a éste, justifica la imposición de la sanción en su grado máximo. Por otra parte, en el recurrente concurre la circunstancia de ser responsable, como director, del área en el que se desarrolló la actividad infractora, lo que supone una más intensa exigencia en cuanto garante de la transparencia y buen funcionamiento de las actividades que le venían encomendadas.

SÉPTIMO.- De lo expuesto resulta la desestimación íntegra del recurso y confirmación del acto impugnado, al ser ajustados a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que **desestimando** el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don J.A.S., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don N.M.R., 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 19 de Abril de 1993, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248.2 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.