

Id Cendoj: 28079130032006100322
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 331/2004
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA
Tipo de Resolución: Sentencia

Resumen:

Sanción de la Ley del Mercado de Valores.

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a dieciocho de Octubre de dos mil seis.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 331/2004 interpuesto por "FOREX GESTIÓN, S.A.", D. Enrique y D^a. Ángela , representados por la Procurador D^a. María Dolores Martín Cantón, contra la sentencia dictada con fecha 5 de noviembre de 2003 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 622/2000, sobre sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Forex Gestión, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 622/2000 contra la Orden del Ministerio de Economía de 8 de marzo de 2000 que resuelve el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra "Forex Gestión, S.A.", D. Enrique y D^a. Ángela y que acordó:

"- Imponer a Forex Gestión, S.A., por la comisión de un infracción muy grave tipificada en la *letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6* del Mercado de Valores, en su redacción dada por la *Ley 37/1998, de 16 de noviembre* , de reforma del texto anterior, por haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistente en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, una multa de 240.000.000 de pesetas (doscientos cuarenta millones de pesetas).

Imponer a D. Enrique , por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la *letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6* del Mercado de Valores, en su redacción dada por la *Ley 37/1998, de 16 de noviembre* , de Reforma del texto anterior, por haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistente en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, una multa de 25.000.000 de pesetas (veinticinco millones de pesetas).

Imponer a Dña. Ángela por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la *letra q) del artículo 99, en relación con el punto 6* del Mercado de Valores, en su redacción dada por la *Ley 37/1998, de 16 de noviembre* , de reforma del texto anterior, por haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistente en el desarrollo habitual de las actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse inscrita en los correspondientes registros administrativos, una multa de 25.000.000 de pesetas (veinticinco millones de pesetas)."

Segundo.- Por providencias de 26 de enero y 9 de febrero de 2001 se tuvo por personados, respectivamente, a D^a. Ángela y a D. Enrique .

Tercero.- En sus respectivos escritos de demanda, de 1 de febrero y 12 de marzo de 2001, alegaron los hechos y fundamentos de Derecho que consideraron oportunos y suplicaron se dictase sentencia "por la que, estimando el presente recurso, se declare que la citada resolución es totalmente nula por los fundamentos jurídicos expuestos en el cuerpo de esta demanda, la anule y deje sin efecto, tal y como en Derecho procede". Por otrosí interesaron el recibimiento a prueba.

Cuarto.- El Abogado del Estado contestó a la demanda de "Forex Gestión, S.A." por escrito de 28 de septiembre de 2001, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 2 de octubre de 2001 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de noviembre de 2003 , cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Forex Gestión, S.A. contra Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 8 de marzo de 2000, que se declara ajustada a derecho en los extremos examinados. Sin expresa imposición de costas".

Sexto.- Con fecha 20 de enero de 2004 "Forex Gestión, S.A.", D. Enrique y D^a. Ángela interpusieron ante esta Sala el presente recurso de casación número 331/2004 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: "Caducidad del expediente sancionador. Infracción del artículo 44.2, de los números 1, 2 y 6 artículo 62.1.e) y artículo 63.1, todos ellos de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificados por la Ley 4/1999, de 13 de enero ".

Segundo: "Infracción del derecho a la defensa establecido en el artículo 24 de la Constitución Española y desviación de poder por parte de la CNMV . Infracción de la jurisprudencia aplicable y de los artículos 62.1.a) y e) y art. 63.1, ambos de la Ley 30/92 , en relación con el artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores ".

Tercero: "Infracción del derecho constitucional a la presunción de inocencia, reconocido en el artículo 24.2 CE , así como de la jurisprudencia aplicable y de los artículos 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992 , por no haberse declarado la nulidad del acto administrativo que fue adoptado contraviniendo lo dispuesto en los artículos 134, 135 y 137.1, todos ellos de la Ley 30/1992 , que también consideramos infringidos".

Séptimo.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas a la parte recurrente.

Octavo.- Por providencia de 8 de junio de 2006 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 10 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Audiencia Nacional con fecha 5 de noviembre de 2003 , desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Forex Gestión, S.A.", D. Enrique y D^a. Ángela contra la Orden del Ministerio de Economía de 8 de marzo de 2000 que los sancionó en los términos expuestos en el primer antecedente de hecho.

El citado Ministerio, al resolver el expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores tanto a la entidad "Forex Gestión, S.A." como a sus directivos D. Enrique y D^a. Ángela , impuso a una y otros multas de diversa cuantía por infracciones de la legislación del Mercado de Valores, consistentes en haber realizado actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, mediante

el desarrollo habitual de actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del mercado internacional de divisas, sin haber obtenido la preceptiva autorización ni hallarse inscrita la sociedad en los correspondientes registros administrativos.

Antes de analizar el recurso de casación debemos anticipar que en ninguno de sus motivos se discrepa de la calificación jurídica de las infracciones, versando aquéllos sólo sobre cuestiones que atañen o bien a la caducidad del expediente sancionador (motivo primero) o bien a la supuesta ilicitud de algunas de las pruebas (motivo segundo) o bien, en términos muy generales, a la presunción de inocencia (motivo tercero).

Segundo.- La Sala de instancia sintetizó en el fundamento jurídico segundo de su sentencia los alegatos de las partes demandantes y demandada; rechazó en el tercero que el recurso fuese extemporáneo y rechazó asimismo, en el cuarto y quinto, los argumentos impugnatorios de la decisión basados en la supuesta incompatibilidad de la legislación española relativa al mercado de valores con las Directivas 93/22/CEE, del Consejo, de 10 de mayo de 1993, y 93/6/CEE, del Consejo, de 15 de marzo de 1993.

Sentadas estas premisas, la Sala de instancia abordó en los fundamentos jurídicos sexto y séptimo de su sentencia el primero de los tres motivos de impugnación que van a dar lugar, en esta fase del proceso, a los correlativos de casación. Dicho motivo se refería a la supuesta caducidad del procedimiento sancionador, respecto de la cual el tribunal sentenciador consideró que el plazo máximo de duración era de un año y que, incluso en el caso de que fuese de seis meses, tampoco se habría producido en el supuesto de autos la caducidad denunciada.

La primera de dichas conclusiones era resultado de interpretar que, existiendo una norma reglamentaria específica sobre la materia (el *Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre*, regulador del procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, que fija la duración del procedimiento sancionador en un año), dicha norma prevalecía sobre la que con carácter general determina el plazo al que debe sujetarse la tramitación de los expedientes administrativos comunes.

Sostiene la recurrente que la Sala de instancia no aplicó debidamente los *artículos 42.2 y 44.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (tras su reforma por la *Ley 4/1999*) pues el *Real Decreto 2119/1993* no es una de las "normas con rango de Ley" con virtualidad suficiente para ampliar el plazo general de seis meses al que se refiere el primero de dichos preceptos.

Si la Sala de instancia se hubiera limitado a la primera de las conclusiones referidas, sería necesario que examináramos con mayor detenimiento el motivo en este extremo. No lo será pues, como a continuación exponremos, aquel tribunal rechazó también que, incluso si el plazo fuera de seis meses, se hubiera producido la caducidad. Su razonamiento al respecto, tras fijar como fechas del acuerdo de incoación el 19 de mayo de 1999 y de la resolución sancionadora el 8 de marzo de 2000, con notificación del 21 de marzo, fue el siguiente:

"[...] Pero aún en la tesis del recurrente, de aplicación del plazo general de 6 meses previsto por el *artículo 42.2 LRJAC -PAC*, tampoco podría aceptarse que se ha producido la caducidad, si tenemos en cuenta que: a) el plazo para resolver el expediente fue ampliado por 3 meses, en Resolución de 13 de julio de 1999 (folios 6825 a 6829 del Tomo X), de acuerdo con lo previsto por el *artículo 49.1 LRJAP -PAC*. La facultad de prórroga se ejerció motivadamente, se justifica por el volumen y complejidad del expediente, que resulta de la abundante documentación unida al mismo (XXI tomos), y fue oportunamente notificada a los interesados, b) reiterada y conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo, recogida entre otras en sentencias de 8 de octubre de 2001 (RJ 2002\3125), 10 de diciembre de 2001 (RJ 2002\4823) y 9 de abril de 2002 (RJ2002\3458), sostiene que para declarar la caducidad es preciso que se cumpla el plazo máximo previsto para el procedimiento -en este caso, en la tesis del recurrente, 6 meses, ampliado a otros 3- más otros 30 días desde el vencimiento el plazo, y c) las fechas inicial y final del cómputo de este plazo serían las de la resolución de incoación del procedimiento sancionador y la de la resolución final, o si se quiere, las fechas de sus respectivas notificaciones, como admiten la STS de 26 de junio de 2001 (RJ 2001 \5740) y, en relación con ella, la STC 52/03, de 17 de marzo, que admiten como 'dies a quo' la fecha de notificación del acuerdo de incoación del expediente, si se tiene en cuenta, lógicamente, como día final del cómputo también el de notificación de la resolución final.

Así, bien tengamos en cuenta las fechas de incoación del expediente y la resolución final, esto es, las fechas de 19/5/99 y 8/3/2000, o las fechas de notificación de dichos actos, que son 25/5/99 y 21/3/2000, en

ninguno de los dos casos transcurre el plazo ampliado de 9 meses, más los 30 días siguientes, precisos para declarar la caducidad del procedimiento."

Tercero.- La parte recurrente discrepa de la sentencia en este punto negando la eficacia interruptiva de los acuerdos de ampliación o prórroga de los plazos que reconoce la sentencia. A su juicio, el *artículo 49.1 de la Ley 30/1992* no habilita a la Administración para superar los plazos máximos de duración de los procedimientos; la motivación esgrimida por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para ampliar el plazo "carece también de fundamento cierto, serio y creíble" y sólo hubiera sido viable por la vía excepcional del *artículo 42.6 de aquella Ley*, ampliación que únicamente podría ser acordada "por el órgano competente para resolver, que en este caso sería el Ministro de Economía y Hacienda".

La lectura del acuerdo de 14 de julio de 1999 pone de relieve, como acertadamente subraya la Sala de instancia, que existían motivos bastantes para justificar la ampliación de los plazos. Aquella Sala se refiere al "volumen y complejidad del expediente, que resulta de la abundante documentación unida al mismo (XXI tomos)", factor de suyo relevante; pero, además de él, la Comisión Nacional del Mercado de Valores apoyaba su decisión en que los propios expedientados habían solicitado prórroga del plazo para formular alegaciones al pliego de cargos y habían interesado la práctica de "numerosas pruebas".

Cuando la regulación de un determinado procedimiento sancionador contempla en sí misma trámites sucesivos, la suma de cuyos plazos parciales (ordinarios) acumulados es ya próxima a seis meses, resulta inevitable que la ampliación parcial (extraordinaria) de alguno o algunos de aquellos trámites individuales, determine, a su vez, la superación del período total de seis meses. Si cada uno de aquellos trámites singulares puede ampliarse hasta la mitad del tiempo ordinariamente previsto, la suma de estas ampliaciones parciales podrá implicar, en los casos citados, la correlativa extensión del tiempo máximo de seis meses.

Esto es lo que sucedió en el caso de autos, a lo que hay que unir el hecho, asimismo relevante, de que, además de la ampliación de plazos parciales antes referida, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó el 15 diciembre de 1999 suspender por tres meses el procedimiento haciendo uso de la previsión contenida en el *artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992*. Este precepto permite que el plazo máximo legal para resolver un procedimiento se suspenda hasta por tres meses para solicitar informes preceptivos y determinantes. Como quiera que el *artículo 23 de la Ley 24/1988* disponía que el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores había de informar preceptivamente antes de la imposición de sanciones por infracciones muy graves, y su informe podría ser determinante del resultado final, la suspensión fue conforme a derecho. Frente a lo que afirma la recurrente, cuando esta suspensión se acordó el procedimiento no se encontraba ya caducado, pues los plazos parciales de los diferentes trámites habían sido ampliados en el modo ya dicho.

Cuarto.- En el segundo motivo casacional se imputa a la Sala de instancia la violación del "derecho a la defensa establecido en el *artículo 24 de la Constitución Española*", acusación a la que se une la de "desviación de poder por parte de la CNMV" y la "infracción de la jurisprudencia aplicable y de los *artículos 62.1.a) y e) y art. 63.1, ambos de la Ley 30/92*, en relación con el *artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores*".

La cita de este conjunto heterogéneo de normas constitucionales y legales así como de jurisprudencia supuestamente infringida (que, inadecuadamente, se acumulan en un único motivo casacional) sirve de apoyo a los recurrentes para sostener, como ya hicieron en la instancia, que la sanción se impuso sobre la base de "[...] pruebas ilícitamente obtenidas con violación de derechos y garantías de los ciudadanos, y con infracción del ordenamiento jurídico, motivo por el cual el acto administrativo recurrido es nulo y la sentencia que recurrimos debió declarar la nulidad de esa sanción".

El tribunal de instancia rechazó en la sentencia impugnada el alegato correspondiente con los siguientes razonamientos jurídicos (fundamento de derecho octavo de la sentencia):

"[...] Consideran los recurrentes que la Resolución impugnada infringe el derecho de defensa y la presunción de inocencia consagrados en el *artículo 24 CE* e incurre en desviación de poder, porque admite como prueba el resultado de la diligencia de constancia de hechos efectuada el 29 de abril de 1999 por Inspectores de la CNMV en el domicilio de Forex Gestión, S.A. cuando todavía no se había incoado el expediente sancionador.

La diligencia de constancia de hechos a que se refiere la demanda se encuentra en los folios 2126 a 2129, Tomo VI, del expediente administrativo. En tal diligencia, los inspectores de la CNMV hacen constar

que se personaron en la sede de Forex Gestión, S.A. y formularon a Dña. Ángela, en calidad de Directora de dicha entidad, determinadas preguntas en relación con las actividades desarrolladas por la compañía que dirigía en los Mercados de Valores. Las preguntas fueron las siguientes: 1) descripción de la actividad de la compañía, 2) identificación de los intermediarios financieros, 3) medios utilizados para la captación de los clientes y forma de gestión de sus inversiones y de liquidación, y 4) medidas adoptadas por Forex Gestión, S.A. para dar cumplimiento a un requerimiento de la CNMV sobre el cese de las actividades desarrolladas por la Compañía hasta obtener, en su caso, la oportuna autorización. Dichas preguntas fueron respondidas por la Directora de la Compañía, y preguntas y respuestas quedaron recogidas en el acta citada, que fue firmada por los Inspectores de la CNMV y la Directora de Forex Gestión.

Tal actuación administrativa se encuadra en el régimen de supervisión e inspección de las empresas de servicios de inversión, que por el *artículo 84 LMV se encomienda a la CNMV*. En este sentido, el *artículo 85 LMV establece que la CNMV podrá recabar de las empresas de inversión y demás entidades reguladas por la LMV 'cuantas informaciones estime necesarias sobre las materias objeto de esta ley'* Sin duda de ninguna clase, las preguntas que los inspectores de la CNMV formularon a la Directora de Forex Gestión se refieren a su actuación en los Mercados de Valores y encuentran su base en el ejercicio de las funciones de supervisión e inspección que la LMV encomienda a la CNMV.

La posibilidad de realizar actuaciones previas a la incoación de un procedimiento sancionador está prevista expresamente en el *artículo 12.1 del RD 1398/1993, de 4 de agosto*, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que es de aplicación supletoria en este caso, por disposición del *artículo 1.3 del RD 2119/93*.

Indica efectivamente el citado *artículo 12.1 del RD 1398/93* que con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros.

Desconocer la posibilidad de tales actuaciones previas y seguir la tesis de los recurrentes que sólo admiten lo actuado una vez incoado el procedimiento sancionador, aparte de vaciar el contenido de las facultades inspectoras reconocidas a la CNMV por el *artículo 85 LMV, llevaría al contrasentido de que la CNMV*, para dar cumplimiento a sus funciones de supervisión e inspección, tendría que incoar expedientes sancionadores a las entidades que actúen en los mercados de valores, prácticamente al azar, esto es, sin conocer si concurren circunstancias que lo justifiquen.

Y por lo que se refiere a la forma en que se efectuaron las declaraciones de la Directora de Forex Gestión en el marco de la actuación de inspección de la CNMV, la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1996 (RJ 1996\2770), señala que el requerimiento de información formulado por la CNMV no precisa ir precedido de una advertencia sobre la eventualidad de una imputación por una infracción y que, desde la perspectiva del derecho fundamental de defensa, no resulta convincente que esa falta de advertencia reste posibilidades de defensa a los recurrentes."

Quinto.- El segundo motivo de casación ha de ser rechazado pues la Sala de instancia acierta cuando subraya la posibilidad legal de realizar actuaciones previas a los expedientes sancionadores y, en concreto, requerimientos de información dirigidos a las personas físicas y jurídicas enumeradas en el *artículo 84 de la Ley del Mercado de Valores*, quienes vienen obligadas a poner a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuantos libros, registros y documentos ésta considere precisos y a facilitarle la información que estime pertinente sobre sus actividades relacionadas con el mercado de valores.

La diligencia de constancia de hechos realizada el 29 de abril de 1999, tal como es descrita por la Sala de instancia, no revela ninguna de las vulneraciones de derechos fundamentales que, sin fundamento sólido, le imputan los recurrentes. Afirman en su demanda que la Directora (y titular del 45 por ciento del capital) de la sociedad, Doña Ángela, contestó a las preguntas "[...] por considerar, erróneamente, que formaban parte de los trámites necesarios para convertirse en Agencia de Valores". Lo cierto es que ya el 18 de diciembre anterior la Comisión Nacional del Mercado de Valores había advertido a "Forex Gestión, S.A." que se abstuviese "de inmediato" de continuar con las operaciones de captación de ahorro del público que venía realizando y para las que no estaba facultada, y es en este contexto en el que tiene lugar aquella diligencia.

Las preguntas relativas a los hechos sobre los que se pidió la información y los documentos

ulteriormente presentados por Doña Ángela tras la celebración de la diligencia (fueron aportados el día 7 de mayo de 1999) resultaban pertinentes para conocer cuál era la actividad de la sociedad y se enmarcaban en el ámbito de las facultades administrativas a las que se refiere el *artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores*. Insisten una y otra vez los recurrentes en que dicho artículo no "contempla interrogatorios", cuando lo cierto es que nada impide que los requerimientos de información se hagan de manera directa a la persona que ostenta la dirección de una determinada entidad y en el acta se consignen las respuestas dadas.

No se vulnera el derecho de defensa por que tal diligencia se haga antes de la apertura formal del procedimiento sancionador y ningún indicio hay de que se hubiera negado a la referida señora la posibilidad de ser asistida de Letrado, si así lo hubiera estimado conveniente. Y en cuanto al derecho a no declarar contra sí misma (distinto del derecho de defensa, aunque parificados en el motivo casacional), tampoco aparece vulnerado pues aquélla accedió sin reservas, tanto en el momento mismo de la diligencia como ulteriormente cuando remitió los documentos ya descritos, a proporcionar a los funcionarios de la Comisión Nacional del Mercado de Valores la información de unos hechos objetivos sobre la actividad de la compañía, la identificación de los intermediarios financieros y los medios utilizados para la captación de los clientes y forma de gestión de sus inversiones. Que de sus declaraciones se pudiera deducir a posteriori la existencia de una infracción administrativa, como de hecho ocurrió, no implica que se haya vulnerado aquel derecho.

Coincidimos también con la apreciación del tribunal de instancia sobre la ausencia de desviación de poder, vicio que los recurrentes tratan infundadamente de imputar a la Administración por no haber iniciado el expediente sancionador antes de la diligencia de constancia de hechos. Para apreciar el vicio consistente en la utilización desviada de las potestades administrativas es preciso acreditar que el fin de una determinada actuación se aparta del que a ésta corresponde legalmente. Y como quiera que no se imputa a la Comisión Nacional del Mercado de Valores una finalidad distinta de la que en este caso trató de alcanzar con su actividad, esto es, la represión de las infracciones cometidas por quienes sin estar autorizados realizan actuaciones mediadoras en los mercados de valores, la imputación debía ser rechazada.

Por lo demás, como el propio tribunal de instancia reconocerá en el fundamento jurídico noveno de su sentencia (que ulteriormente transcribiremos), los cargos formulados contra los recurrentes se basaron igualmente en pruebas ajenas a la diligencia citada. Los documentos incorporados al expediente sancionador, una vez incoado formalmente, que no fueron solamente los remitidos por la Directora de la sociedad, acreditaron en efecto que la entidad sancionada había efectuado operaciones mediadoras en el mercado de valores sin la preceptiva autorización.

Sexto.- En el tercer y último motivo de casación de nuevo se acumulan, indebidamente, cuestiones heterogéneas. Denuncian los recurrentes que se ha infringido, por un lado, su derecho a la presunción de inocencia; por otro, "la jurisprudencia aplicable", de la que se citan tan sólo las sentencias constitucionales que extienden, con determinados matices, las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador; finalmente, consideran vulnerados los *artículos 62.1.a) y e) de la Ley 30/1992* "por no haberse declarado la nulidad del acto administrativo que fue adoptado contraviniendo lo dispuesto en los *artículos 134, 135 y 137.1, todos ellos de la Ley 30/1992*", preceptos estos últimos sobre los que no hay un desarrollo argumental específico.

La Sala de instancia se pronunció sobre las alegaciones correlativas de la instancia en los siguientes términos (fundamento de derecho noveno de la sentencia impugnada):

"[...] Por lo que se refiere a la infracción de la presunción de inocencia, en el expediente administrativo se ha reunido material probatorio suficiente para acreditar que los recurrentes han realizado actividades de recepción y transmisión de ordenes por cuenta de terceros, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas, sin haber obtenido la correspondiente autorización.

Estas conclusiones fácticas, que la Sala comparte, proceden de las manifestaciones de la Directora de Forex Gestión, recogidas en el acta ya citada de 29 de abril de 1999, que al responder a la primera pregunta manifiesta que reciben órdenes de los clientes y las transmiten a un intermediario suizo, y en respuesta a la cuarta pregunta añade que desde la fecha del requerimiento de la CNMV sobre el cese de actividades hasta obtener autorización han seguido captando clientes y realizando las actividades sobre las que se requirió el cese.

Pero el material probatorio reunido en el expediente sancionador no se limita a estas manifestaciones de la Directora de Forex Gestión. En el expediente obran: a) documentos de autorización y aperturas de

cuenta (folios 15, 16 y 172 del Tomo I), b) ordenes de clientes (folios 31 a 49 y 131 a 151 del Tomo I y 2270 y siguientes del Tomo XV), c) mandatos del cliente para la prestación de servicios por Forex Gestión (folios 60 a 63 del Tomo I y 1781 a 1782 del Tomo V), d) informe del broker inglés IG Index plc, reconociendo que Forex Gestión transmite órdenes de clientes (folio 200, apartados 8 y 10, del Tomo I), e) información remitida por Forex Gestión a la CNMV sobre su forma de actuar, en el que indica que los clientes comunican sus órdenes de compra y venta de divisas a Forex Gestión, que la transmite al broker para su ejecución (folio 256 del Tomo I), f) contrato con el broker Compagnie Financiere Metropolitaine, en el que el cliente autoriza a Forex Gestión a transmitir instrucciones (folio 1449, apartados 4, 6 y 9, del Tomo IV), g) pagos de comisiones -del 6% de la cantidad invertida por el cliente- del broker a Forex Gestión (folios 1460 a 1532 del Tomo IV), h) contratos de Forex Gestión con los broker (folios 1653 a 1752 del Tomo V), i) organigrama de Forex Gestión, por ella confeccionado, en el que se indica que su Departamento de Análisis lleva a cabo operaciones por cuenta del cliente (folio 1861 del Tomo V).

Finalmente, en la respuesta a la propuesta de resolución (folios 7289 a 7293 del Tomo XXI), los hoy demandantes admitieron la certeza de los hechos probados contenidos en la propuesta de resolución, en sus apartados primero a octavo, y en el apartado tercero de dichos hechos probados (folios 7252 y 7253 del Tomo XXI) se hizo constar expresamente, en cuanto al sistema de actuación de Forex Gestión, que el cliente comunicaba sus órdenes de compra y venta de divisas a un analista del Departamento de Análisis de Forex Gestión, que se ocupaba de transmitir esta orden al broker para su ejecución.

Todo este material probatorio es suficiente para deshacer la presunción de inocencia de que gozan los imputados y lleva a la Sala a tener acreditado, como ya se ha dicho, que los recurrentes realizaron, sin haber obtenido la necesaria autorización, actividades reservadas a las empresas de servicios de inversión, consistentes en el desarrollo habitual de la actividad de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de sus clientes, en relación con operaciones del Mercado Internacional de Divisas."

Séptimo.- También el motivo tercero deberá ser rechazado. La acumulación de infracciones del ordenamiento jurídico que en él se atribuyen a la sentencia recurrida parte de una premisa o bien errónea o bien reiterativa del motivo precedente. Es errónea en cuanto afirman los recurrentes que la "documentación acreditativa de los hechos sancionados y suficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia", a la que se refiere la Sala de instancia en el fundamento jurídico transcrito, fue la obtenida "con anterioridad a la incoación del procedimiento sancionador". Que ello no es cierto lo acredita la mera lectura de aquel fundamento. Y en cuanto a la supuesta ilicitud de la diligencia de constancia de hechos y de las informaciones en ella obtenidas, argumento en el que basan nuevamente los recurrentes su afirmación de que se "infringió el derecho a la presunción de inocencia", nos remitimos a lo anteriormente expuesto.

Discrepan, además, de la apreciación de los hechos probados que contiene la sentencia. Como si de un recurso de apelación se tratara, afirman nuevamente que "se vulneró este derecho fundamental [a la presunción de inocencia] al dictarse una resolución, como la recurrida, en la que se llegan a conclusiones que no son hechos probados sino meras conjeturas de la Administración o simples silogismos basados en meras conjeturas". Reiteran, pues, en casación, argumentos contra el acto administrativo y no contra la sentencia que se pronuncia.

Lo cierto es, por el contrario, que la Sala de instancia pudo razonablemente considerar, a la vista del material probatorio existente en el expediente, al que con detalle se remite el fundamento jurídico noveno de la sentencia, que no existían dudas sobre la realización del hecho típico imputado a la sociedad y a sus directivos. Hecho, y no conjetura, que estaba suficientemente acreditado por los documentos obrantes en autos a resultados de los cuales era fácilmente comprobable que aquélla había realizado sin la preceptiva autorización actividades de recepción y transmisión de órdenes por cuenta de terceros en relación con operaciones del mercado de valores.

Octavo.- Procede, en suma, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el *artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional*.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 331/2004, interpuesto por "Forex Gestión, S.A.", D. Enrique y D^a. Ángela contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional de 5 de noviembre de 2003 recaída en el recurso número 622 de 2000. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, , lo pronunciamos, mandamos y firmamos : Ramón Trillo.- Óscar González.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- Rubricados. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando constituida la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en audiencia pública en el día de su fecha, lo que como Secretario de la misma certifico.