

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE MARZO DE 2000

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 72/97
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 5 de diciembre de 1996
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a de 14 de marzo de dos mil.

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 72/97, se tramita, a instancia de Don F.R.M., Don I.M.P. y Don J.M.E., representados por el Procurador Don C.M.L., contra resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 5 de diciembre de 1996, sobre sanción y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Don F.R.M., Don I.M.P. y Don J.M.E. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de 5 de diciembre de 1996, por la que se resuelve el expediente sancionador seguido a "G.R., S.A., SGC", y a sus Administradores.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el 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 su 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.- No habiéndose solicitado 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 14 de marzo de 2000.

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. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso administrativo, la Resolución dictada el día 5 de diciembre de 1996 por el Ministro de Economía y Hacienda, por la que se resuelve el expediente sancionador seguido a "G.R., S.A., SGC" y a sus

administradores, incoado en virtud de Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 27 de diciembre de 1995.

La parte dispositiva de la resolución impugnada tiene el siguiente tenor literal:

1. *Imponer a "G.R., S.A., S.G.C.", por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 71 del mismo texto legal (realización habitual de actividades comprendidas en dicho artículo, sin estar habilitada al efecto) una multa de 1.000.000 de pesetas.*
2. *Imponer a Don F.S.J., como miembro del Consejo de Administración de "G.R., S.A., S.G.C.", responsable de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 71 del mismo texto legal (realización habitual de actividades comprendidas en dicho artículo, sin estar habilitada al efecto), una sanción consistente en LA SEPARACION DEL CARGO CON INHABILITACION PARA EJERCER CARGOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCION EN CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA DE LA MISMA NATURALEZA POR PLAZO DE UN AÑO.*
3. *Imponer a Don F.R.M., como miembro del Consejo de Administración de "G.R., S.A., S.G.C.", responsable de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en relación con el artículo 71 del mismo texto legal (realización habitual de actividades comprendidas en dicho artículo, sin estar habilitada al efecto), una sanción consistente en LA SEPARACION DEL CARGO CON INHABILITACION PARA EJERCER CARGOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCION EN CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA DE LA MISMA NATURALEZA POR PLAZO DE UN AÑO.*
4. *Imponer a Don I.M.P., como miembro del Consejo de Administración de "G.R., S.A., S.G.C.", responsable de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 71 del mismo texto legal (realización habitual de actividades comprendidas en dicho artículo, sin estar habilitada al efecto), una sanción consistente en LA SEPARACION DEL CARGO CON INHABILITACION PARA EJERCER CARGOS DE ADMINISTRACIÓN O DIRECCION EN CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA DE LA MISMA NATURALEZA POR PLAZO DE UN AÑO.*
5. *Imponer a Don J.M.E., como miembro del Consejo de Administración de "G.R., S.A., S.G.C.", responsable de una infracción muy grave tipificada en la letra q) del artículo 99 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 71 del mismo texto legal (realización habitual de actividades comprendidas en dicho artículo, sin estar habilitada al efecto), una sanción consistente en LA SEPARACION DEL CARGO CON INHABILITACION PARA EJERCER CARGOS DE ADMINISTRACION O DIRECCION EN CUALQUIER ENTIDAD FINANCIERA DE LA MISMA NATURALEZA POR PLAZO DE UN AÑO.*

El origen de tales sanciones se remonta al mes de diciembre de 1995, en el que se recibió en la Comisión Nacional del Mercado de Valores una carta de Don F.R.M., en la que exponía,

como Consejero de "G.R., S.A., S.G.C." (en adelante "GR"), la existencia de irregularidades en la Gestora. En ese mismo mes, la División de Instituciones de Inversión Colectiva, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, realizó una visita de inspección a "GR", detectándose las siguientes actividades:

a) El patrimonio de terceros gestionado por "GR", a 30 de noviembre de 1995, ascendía a 1.851 millones de pesetas, perteneciente a 125 clientes, compuesto fundamentalmente de participaciones en fondos de inversión.

b) "GR" mantiene relación con un número considerable de inversores, no formalizada a través del correspondiente contrato de gestión de cartera. "GR" tiene suscritos contratos de gestión de carteras con 26 clientes y mantiene relaciones comerciales con 125.

c) La totalidad de ingresos de "GR", se corresponde con:

Ingresos por arrendamientos	258.938
Ingresos por comisiones	12.010.390
Ingresos por servicios diversos	1.699.765
Total	13.969.093

d) El apartado de "Ingresos por comisiones", que suponen el 85% del total de ingresos, se compone fundamentalmente de:

1. comisiones percibidas por la colocación de participaciones de fondos de inversión entre los clientes de la propia gestora de carteras, recibidas de Renta 4, SVB.
2. comisiones percibidas por la intermediación en operaciones de activos, fundamentalmente de renta fija, recibidas de Banco Banif, y de Mercados y Gestión de Valores.

Únicamente 468.989 pesetas son ingresos por comisiones de gestión de carteras, mientras que el resto de las comisiones (hasta 12.010.390 pesetas), proceden de la gestión, por cuenta de los emisores, de la suscripción y reembolso de participaciones en fondos de inversión y de la recepción y tramitación para su ejecución de órdenes sobre valores de inversores a los intermediarios financieros, actividades para las que las Sociedades Gestoras de Carteras no están habilitadas.

e) El Consejo de Administración de "GR" estaba integrado a 30 de noviembre de 1995:

Don F.S.J.	Presidente
Don I.M.P.	Vicepresidente
Don J.M.E.	Consejero
Don F.R.M.	Consejero

SEGUNDO.- Impugna la demanda la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, porque consideran que la sanción responde a criterios de responsabilidad objetiva, entienden que debe operar la exoneración de responsabilidad en base a lo estipulado en el artículo 15.2.b) de la Ley 26/1988, de 19 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que salva la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración, cuando las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados u otras personas con funciones en la Entidad y, por último, que en todo caso, la responsabilidad de los demandantes debe ser moderada, para que no sean acreedores de la misma sanción que la impuesta al Sr. Don F.S.J., Presidente de la Sociedad Gestora de Carteras.

El Abogado del Estado pone de manifiesto que la resolución impugnada declaró probadas una serie de actividades prohibidas por la ley, que los hoy demandantes no niegan, y expone que los hechos muestran que ha existido dolo o al menos negligencia grave en la actuación de los administradores, que no cabe la exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 15.2.b) de la Ley del Mercado de Valores, porque es difícilmente imaginable que la conducta sea imputable sólo a uno de ellos y que no tiene relevancia la comparación del grado de responsabilidad con el de otras personas, pues la justicia de una sanción debe ser valorada en si misma.

TERCERO.- En el año 1995, cuando tienen ocasión los hechos a los que se refiere la resolución administrativa impugnada, estaba vigente el régimen disciplinario establecido en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La entrada en vigor de las modificaciones a la Ley del Mercado de Valores, introducidas por las leyes 37/1998, de 16 de noviembre y 50/1998, de 30 de diciembre, que dan nueva redacción a algunos preceptos en materia de régimen sancionador, obligan a examinar la vigente regulación en esta materia, pues las disposiciones sancionadoras producen efectos retroactivos en cuanto favorezcan al presunto infractor.

Con arreglo a las disposiciones de la Ley 24/1988, era infracción calificada de muy grave, según su artículo 99 apartado q), el ejercicio o la realización habitual de las actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de esta Ley, por entidades o personas no habilitadas al efecto.

Por su parte, el artículo 76, segundo párrafo letra d), decía que las Sociedades Gestoras de Cartera podrán desarrollar la actividad contemplada en la letra j) del artículo 71, que consistía en "gestionar carteras de valores de terceros", mientras que del primer párrafo del artículo 71 resultaba que el resto de actividades enumeradas por el propio precepto, entre otras recibir ordenes de inversores relativas a la negociación de cualesquiera valores y gestionar por cuenta del emisor la suscripción y reembolso de participaciones en fondos de inversión, no podían ser desarrolladas habitualmente por entidades distintas de las Sociedades y Agencias de Valores, esto es, se trataba de actividades prohibidas para las Sociedades Gestoras de Cartera.

En la nueva regulación del Mercado de Valores ha sido objeto de nueva redacción el apartado q) del artículo 99, que considera infracción muy grave el incumplimiento de la reserva de actividad prevista en los artículos 64 y 65, así como la realización (...) de actividades para las que las empresas de servicios de inversión no estén autorizadas. Por consiguiente, se mantiene la calificación de falta muy grave por la realización de actividades no autorizadas, bien entendido que se han producido modificaciones en el régimen legal de las autorizaciones que pasamos a examinar.

De acuerdo con el artículo 64.4, las Sociedades de Gestión de Cartera pueden prestar exclusivamente el servicio de inversión previsto en el apartado d) del artículo 63.1. También podrán realizar las actividades complementarias previstas en los apartados d) y f) del número 2 del citado artículo. Están por tanto autorizadas las Sociedades de Gestión de Cartera para:

a) artículo 63.1.d): la gestión discrecional e individualizada de carteras de inversión con arreglo a los mandatos conferidos por los inversores.

b) artículo 63.2.d): el asesoramiento a empresas sobre estructura de capital, estrategia industrial y cuestiones afines, así como el asesoramiento y demás servicios en relación con fusiones y adquisiciones de empresas.

c) artículo 63.2.f): el asesoramiento sobre inversión en uno o varios instrumentos de los previstos en el número 4 del mismo artículo, que son los valores negociables, en sus diferentes modalidades, incluidas las participaciones en fondos de inversión y los instrumentos del mercado monetario, entre otros.

De forma que la actual regulación del Mercado de Valores continúa autorizando a las Sociedades Gestoras de Cartera su actividad característica, ya contemplada en la legislación de 1988, de gestionar las carteras de valores de terceros, pero además presenta la novedad de autorizar también a estas empresas de servicios de gestión, como actividad complementaria, y además de otras que no vienen al caso, la de realizar tareas de asesoramiento sobre fondos de inversión y otros valores negociables.

No obstante este mayor campo de actividad, la actividad que llevaba a cabo la Sociedad Gestora de Cartera, tal y como expone en sus hechos probados la resolución impugnada, hechos que no han sido discutidos por los recurrentes, fue la de comercialización y colocación de participaciones de fondos de inversión, lo que desde luego no puede enmarcarse en la función de asesoramiento, por lo que se considera que la nueva regulación no resulta más beneficiosa que la anterior para los recurrentes, y por tanto, no tiene preferente aplicación, procediendo enjuiciar el asunto según la redacción original de la Ley 24/1988, manteniendo de esta forma el criterio de la sentencia de esta Sala de 18 de marzo de 1999, que en un caso muy similar sostuvo la misma conclusión.

CUARTO.- Como primer motivo impugnatorio, consideran los recurrentes que la sanción impuesta supone la aplicación del principio de responsabilidad objetiva contra todos ellos.

Sobre esta cuestión, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala, así sentencias de 1, 15, 18 y 29 de marzo, 17 de mayo y 21 de octubre, todas de 1999 y dictadas en recursos contra sanciones impuestas por la C.N.M.V., de que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, por lo que queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente.

El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los administradores el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal, el artículo 133 regula su responsabilidad por la gestión social, desde la perspectiva intra societaria, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores y el artículo 89 desde la perspectiva extra societaria, respondiendo a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. La misma LSA, al regular las cuentas anuales, en su artículo 172, que comprenderán el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, indica que dichos documentos deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Resulta, en definitiva, que por las citadas disposiciones de la LSA, los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad, a cuyos efectos la Ley les proporciona la posibilidad de controlar las cuentas de la misma y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas a su objeto social, ya controlando el estado de las cuentas, y en general, cumpliendo con sus obligaciones legales, que exceden de la pasiva asistencia a las sesiones del Consejo de Administración.

La conclusión es que los administradores tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la ley.

Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa por la que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de culpa, pues los recurrentes, al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, causaron -con la concurrencia de las actividades positivas de otros- los hechos constitutivos de las infracciones, siendo en consecuencia responsables de las mismas.

Explican los recurrentes en su demanda que debido al constante falseamiento de información a que eran sometidos, no podían tener conocimiento del cúmulo de irregularidades en que incurría el Presidente del Consejo de Administración en la llevanza de la Compañía. Sin embargo, nada alegan en orden a justificar su omisión, ni sobre el desempeño de cualquier actividad encaminada a comprobar la situación real de la sociedad. Resulta que la sociedad realizaba una serie de conductas prohibidas, hasta el punto de que dichas conductas proporcionaban comisiones que representaban el 85% de los ingresos de la sociedad, sin que los tres demandantes, que junto con el Presidente eran los cuatro únicos miembros del Consejo de Administración, llegaran a sospechar siquiera que las actuaciones societarias no eran conformes con el ordenamiento jurídico, con un ausencia de cualquier clase de control interno por su parte. Esta grave negligencia y omisión de las funciones que los administradores tienen encomendadas por ley, coadyuvó directamente a la realización de las actividades de comercialización de fondos de inversión y colocación de activos de renta fija, sin estar autorizada para ello la sociedad, que es lo que constituye la infracción sancionada.

QUINTO.- Como segundo motivo de impugnación indican los recurrentes que debe operar la exoneración de responsabilidad estipulada en el artículo 15.2.b) de la Ley 26/1988, de 19 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, que salva la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración, cuando “ (...) las infracciones sean exclusivamente imputables (...)” a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados u otras personas con funciones en la Entidad, si bien la Sala entiende que el precepto no puede ser de aplicación al presente caso, porque es claro que su objetivo, al utilizar el término “exclusivamente”, es el de evitar la exoneración de quienes de un modo u otro, hayan inducido o colaborado a la comisión de la infracción, bien activa, bien pasivamente, como es el caso que nos ocupa, en el que la infracción no es “exclusivamente” imputable al Presidente del Consejo de Administración, sino que, como se ha repetido, han sido decisivos los comportamientos omisivos de los tres recurrentes que, junto con dicho Presidente, eran los únicos cuatro miembros del Consejo de Administración de la sociedad.

SEXTO.- El tercer motivo de impugnación persigue la moderación de la responsabilidad de los recurrentes, a la vista de las falsedades e irregular actuación del Presidente, que configuran una conducta de mayor gravedad, mientras que las sanciones son iguales. Cabe decir que las sanciones en el caso de los demandantes, consistentes en la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad financiera de la misma naturaleza por plazo de un año, se consideran proporcionadas a la realidad de los hechos, pues de entre las sanciones previstas en el artículo 105 de la Ley de Mercado de Valores para las faltas muy graves, y salvo el caso de la multa, las previstas en los apartados b) y c) no son de aplicación, pues se refieren a la suspensión o la inhabilitación en la misma entidad, y consta en el expediente que la entidad “GR”, solicitó y obtuvo su baja del Registro de Sociedades Gestoras de Cartera de la CNMV, de forma que no queda otra clase de sanción sino la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en otras entidades financieras de la misma naturaleza, para las que el citado precepto prevé una duración de

hasta 10 años, por lo que se estima que la sanción, en su extensión de un año, es razonable y conforme a los hechos enjuiciados.

La comparación con la sanción impuesta al Presidente de la Sociedad, cuya responsabilidad consideran los demandantes es de mayor gravedad, no puede tener acogida en esta resolución, porque la sanción impuesta a los recurrentes debe ser enjuiciada por si misma, y nada existe acreditado, ni hay tampoco alegaciones concretas en este proceso, acerca de la conducta del Presidente de la Sociedad.

SEPTIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 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 recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don F.R.M., Don I.M.P. y Don J.M.E. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de 5 de diciembre de 1996, que se considera ajustada a Derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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.