

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE FEBRERO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 103/2013
Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 3 de octubre de 2012, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 16 de abril de 2013
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a tres de febrero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **D. J.L.A.F.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. C.D.-C.R., frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución del Consejo de la CNMV de 3 de octubre 2012**, siendo la cuantía del presente recurso 20.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por D.J.L.A.F., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. C.D.-C.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Consejo de la CNMV de 3 de octubre 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resoluciones impugnadas.

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 pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenidos por unidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiocho de enero de dos mil catorce.

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 JURIDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos las Resolución del Consejo de la CNMV de 3 de octubre 2012 por la que se impone al recurrente la multa de 20.000 euros por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 100 w) de la Ley 24/1988 en relación con el artículo 83 ter 1 a) de la misma Ley.

La Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 14 de diciembre de 2012, por la que se imponía a la recurrente la multa de 40.000 euros por la comisión de una infracción del artículo 99 c) de la Ley 24/1988, en relación con el artículo 59.4 del

mismo Texto Legal, fue anulada al estimarse el recurso de reposición, y, por ello, el recurrente desiste expresamente de su impugnación en la demanda, al entender perdido el objeto del recurso respecto de dicha Orden.

Pues bien, la Resolución impugnada en este recurso es, exclusivamente, la de la CNMV de 3 de octubre de 2012.

SEGUNDO: Los hechos imputados son los siguientes:

El Mercado de Futuros del Aceite de Oliva – autorizado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de noviembre de 2003 -, tiene por objeto la negociación de contratos de futuro que tiene como subyacente aceite de oliva virgen, calidad lampante. Este mercado está regido por la Sociedad Rectora del Mercado de Futuros del Aceite de Oliva S.A.

En el año 2009 se observó un incremento de la contratación que representaba un 186% en relación al año anterior y, a 22 de julio de 2010 el incremento de contratación respecto del año anterior suponía el 85%.

Desde el terminal Admin se introdujeron órdenes que suponían el 47,76% del total entre enero y junio de 2010. La mayor parte de estas órdenes estaban asignadas a dos cuentas, que realizaban operaciones intradía por el que se compraba un volumen de contratos igual al que se vendía, realizándose las operaciones al mismo precio, lo que implicaba un resultado nulo.

El recurrente era Director General del Rectora al tiempo de ocurrir los hechos descritos.

Tales hechos quedaron constatados en la inspección realizada los días 26 y 27 de octubre de 2010.

Veamos en primer lugar las normas de aplicación para después analizar las argumentaciones actoras.

El artículo 100 w) de la Ley 24/1988 establece, en su redacción dada por Ley 47/2007, aplicable al supuesto de autos:

“w) El incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 ter de la presente Ley, cuando no constituya infracción muy grave conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.”

El artículo 83 ter dispone:

“1. Toda persona o entidad que actúe o se relacione en el mercado de valores debe abstenerse de la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios. Como tales se entenderán las siguientes:

a) Las operaciones u órdenes:

Que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores negociables o instrumentos financieros.”

Este cargo se funda en la realización de operaciones ficticias en la forma descrita en los hechos probados, generando un volumen de operaciones que no era real.

Hemos de recordar que el artículo 95 de la Ley 24/1988 establece:

“Las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo...”

Ostentan cargos de administración o dirección en las entidades a que se refiere el párrafo anterior, a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que, de hecho o de derecho, desarrollen en la entidad funciones de alta dirección...”

Según los Estatutos de MFAO, el Director General ostenta las siguientes funciones:

“El Director General será el primer ejecutivo de la Sociedad y sus funciones serán las necesarias para la gestión ordinaria de la Sociedad. En el acuerdo de nombramiento se fijarán las condiciones y sus correspondientes facultades. Se consideran como funciones necesarias para la gestión ordinaria de la Sociedad las siguientes:

- 1. Ejercer la dirección técnica, administrativa y comercial de las actividades sociales y administrar, en el más amplio alcance del concepto, los bienes sociales, observando en su caso, las directrices que le sean señaladas por el Consejo de Administración.*
- 2. Hacer uso, en general, de la firma social y, en su virtud, representar a la sociedad en cualquier clase de actos y contratos, así como ante terceras personas, privadas o públicas y, por tanto, ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores o cualquier otro organismo de la Administración Central del Estado, Entes Autonómicos, Provinciales, Municipales, Organizaciones Empresariales o Sindicales, Corporaciones Públicas, ante sus oficinas, representaciones o dependencias de cualquier clase o grado, pudiendo pedir, interponer y seguir recursos hasta su definitiva conclusión, iniciar, seguir o extinguir y renunciar expedientes, aceptar, rechazar, transigir e instar sin limitación para la plena efectividad de los derechos de la Sociedad. Y a tales efectos, asistir a toda clase de reuniones a las que sea citada la Sociedad o que tenga derecho de asistencia, adoptar, aprobar e impugnar acuerdos.*
- 3. Informar y dar cuenta al Consejo de Administración y, en su caso a la Comisión Ejecutiva, de todas las cuestiones que éste determine, para lo cual deberá concurrir a las reuniones del mismo, con voz pero sin voto, cuando sea requerido.*
- 4. Celebrar y firmar los contratos con los Miembros del Mercado, cualquiera que sea la posición a adoptar en los mismos.*

5. *Realizar todos aquellos actos y suscribir cuantos argumentos sean necesarios en la aplicación y plena efectividad del Reglamento que rige el Mercado y demás normativa vigente, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de garantías, al mantenimiento de la disciplina del Mercado sin perjuicio de la inmediata notificación al Consejo de Administración de las medidas puestas en práctica.*
6. *Otorgar apoderamientos relativos a las facultades a él conferidas.*
7. *Cumplir y hacer cumplir el Reglamento y las disposiciones complementarias del mismo en cuanto Sociedad Rectora de un Mercado Oficial, con el alcance y en la forma que en el mismo se establece.”*

TERCERO: Entraremos ahora en el análisis de las alegaciones actoras.

Se analiza por el recurrente en su demanda: a) las particularidades del mercado, b) la operativa de las compraventas, c) el tiempo al que se refiere el aumento de contratación, y las causas del cese del recurrente como Director General. Así mismo se sostiene que no concurre culpabilidad, que la conducta no es típica y que se ha incumplido el principio de proporcionalidad.

Respecto de las particularidades del mercado, se afirma que MFAO se constituyó por Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de noviembre de 2003, y, desde el principio, se observó la dificultad de atraer agentes financieros al mismo. El comportamiento, por ello, estaría justificado en la medida en que se trataba de promover el mercado e incentivar la participación en él. Esta argumentación no puede ser aceptada como justificación jurídica del comportamiento que analizamos, pues cualquier promoción e incentivación de un mercado ha de hacerse con respecto a la regulación legal. Ha quedado claro que los hechos imputados implican operaciones ficticias que aumentaban artificialmente el volumen de contratación. Este no es un comportamiento permitido legalmente y por ello no puede ser utilizado como mecanismo de promoción del mercado.

Se afirma que la operativa fue seguida por agentes del mercado sin que se haya acreditado la participación del recurrente, que no integraba la mesa de contratación, que era la que recibía las órdenes de compra y venta. Como después veremos, las facultades del Director General, según los Estatutos, se le atribuyen facultades de supervisión de la operativa que se realiza en el seno de la Rectora.

En cuanto al tiempo al que se contraen los hechos, se señala que el aumento del volumen de contratación, se había producido desde el 2008, cuando el recurrente era ya Director General, pero el hecho de que no se hayan sancionado comportamientos anteriores, no implica que no puedan sancionarse otros posteriores si son constitutivos de infracción administrativa.

Se niega la responsabilidad y culpabilidad del actor, desde la perspectiva de la inexistencia de participación en los hechos y la ausencia de dolo o culpa,

La imputación al recurrente no deriva de su participación en los hechos sino de permitir los mismos al no desplegar la diligencia debida. Se le imputa pues una omisión culpable.

En este punto hemos de recordar la doctrina que sobre la responsabilidad de los administradores sociales ha desarrollado esta Sala.

La responsabilidad de los administradores y directores de las entidades sancionadas por infracciones administrativas, ha sido extensamente tratada por esta Sala. Como doctrina general hemos de recordar lo declarado en nuestra sentencia de fecha 30 de junio de 2006, recurso 443/2004, en cuyo fundamento jurídico cuarto podemos leer:

“Reiteradísimas veces esta Sala ha tenido ocasión de examinar el fundamento de la responsabilidad infractora de los miembros del Consejo de Administración de una sociedad, por las infracciones administrativas cometidas por dicha sociedad, partiendo de la idea central en Derecho Administrativo Sancionador de que la forma en que la Administración proceda en el ejercicio de facultades sancionadoras, nunca puede suponer la exigencia de una responsabilidad objetiva por el resultado.

Ciertamente. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, en la que se afirma que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador. Fuera de toda duda queda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivos de responsabilidad.

Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

Tales principios se desprenden de manera clara de la regulación del régimen de las sociedades anónimas:

A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A, impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; y a efectos del cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Pero además, las normas de aplicación determinan un sistema por el cual los administradores pueden controlar la actuación de la sociedad, consistente en la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; tales documentos habrán de ser firmados por los administradores, expresando la causa, si alguno no lo hiciere - artículo 171 de la repetida Ley -. Por su parte, el artículo 172, dispone que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la sociedad.

De tal conjunto normativo, resulta que los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad - teniendo los

instrumentos jurídicos al efecto -, y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas al objeto social, ya solicitando las debidas explicaciones de las actuaciones de otros administradores.

No se olvide que los administradores se colocan en posición de garantes respecto al funcionamiento de la sociedad, de ahí la necesidad de que todos firmen los documentos que reflejan la situación de la misma; medio éste encaminado a asegurar el conocimiento necesario para valorar la gestión realizada. Como consecuencia de ello, la L.S.A., regula la responsabilidad de los administradores por la gestión social desde dos aspectos, el primero intra societario, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores de ésta - artículo 133 -, y otro extra societaria, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos y responde de la adecuada gestión, el segundo, responde a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Efectivamente, así lo entendió el legislador - es de suponer que dada la importancia económica del fenómeno societario, que afecta no sólo a intereses individuales, sino también a los colectivos del mercado en el que opera -, cuando expresamente, en el artículo 89 de la Ley, sometió a los administradores, a responsabilidad por las infracciones reguladas en la propia Ley.

B) Desde los principios expuestos, es fácil comprender, que los administradores; quienes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función; son responsables por el resultado de tal gestión, salvo que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley. No quiere ello decir que nos encontremos ante una responsabilidad objetiva en el seno del Derecho Administrativo Sancionador, sino que la imputación que se realiza a los administradores lo es, al menos, a título de culpa, ya que al no desplegar la diligencia necesaria y exigible en el ejercicio de sus funciones, causaron, ya sea en concurrencia con actuaciones positivas de otros, la comisión de la infracción sancionada por la Ley.

Obviamente, el elemento de acción u omisión y culpa o intencionalidad, son elementos que habrán de valorarse en la graduación de la sanción, pero todos ellos integran la infracción administrativa.

Así las cosas, y sentado que los administradores tienen la obligación de actuar en beneficio de la sociedad y de su correcta gestión, adoptando las medidas necesarias a tal fin; cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado - en éste caso la comisión de una infracción administrativa -, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido, y teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado; es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar esos medios, no

los utilizó de forma voluntaria. Cuestión distinta es la concurrencia de especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue.”

Por otra parte, la STC 154/1994, FJ 3, tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades si el sujeto no actúa diligentemente en sus facultades de control.

Es indudable que en el caso de un Directos General, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones que impliquen vulneración del ordenamiento jurídico; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la rectora a la comisión de una infracción, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.

Pues bien, las amplias facultades concedidas al Directos General, hacían posible el control de la Rectora en la intermediación de las operaciones que nos ocupan. Así, en los Estatutos se le confiere *“Ejercer la dirección técnica, administrativa y comercial de las actividades sociales”, “Celebrar y firmar los contratos con los Miembros del Mercado, cualquiera que sea la posición a adoptar en los mismos”, “Realizar todos aquellos actos y suscribir cuantos argumentos sean necesarios en la aplicación y plena efectividad del Reglamento que rige el Mercado y demás normativa vigente, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de garantías, al mantenimiento de la disciplina del Mercado sin perjuicio de la inmediata notificación al Consejo de Administración de las medidas puestas en práctica”, y “Cumplir y hacer cumplir el Reglamento y las disposiciones complementarias del mismo en cuanto Sociedad Rectora de un Mercado Oficial”.*

La imputación queda pues justificada tanto por el elemento objetivo, no adoptar las medidas necesarias para evitar el aumento ficticio en el volumen de contratación, como por elemento subjetivo, pues se actuó con negligencia al no desplegar la diligencia debida.

Respecto a la tipificación de la conducta, hemos de recordar que el artículo 100 w) la tipifica en relación con al artículo 83 ter de la Ley 24/1988. Recordemos que este precepto señala:

“1. Toda persona o entidad que actúe o se relacione en el mercado de valores debe abstenerse de la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios. Como tales se entenderán las siguientes:

a) Las operaciones u órdenes:

Que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores negociables o instrumentos financieros.”

El precepto no exige que se haya producido una real alteración en los precios, sino que prohíbe la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios, entendiéndose por tales prácticas, entre otras, aquellas operaciones u órdenes que puedan proporcionar indicios engañosos sobre la oferta o la demanda. Por ello, en la tipificación, la conducta que proporciona indicios engañosos sobre oferta y demanda, se considera con aptitud suficiente para producir un falseamiento en los precios de forma autónoma. No es pues necesario, ni que la finalidad sea la alteración de los precios, ni que esta se haya producido ni que exista perjuicio, pues el precepto tipifica autónomamente el proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda, como un comportamiento constitutivo de prácticas que falsean la libre formación de los precios.

No compartimos por ello la afirmación de la actora en cuanto a que la infracción lo sea de resultado y no de riesgo. Entendemos que la dicción literal del precepto lleva a concluir que nos encontramos ante una infracción de riesgo, pues tipifica la conducta en cuanto a su potencial incidencia sobre la libre formación de precios, pero no exige que los precios efectivamente hayan sido alterados. Así las cosas, no podemos aceptar que el comportamiento haya de ser calificado como infracción leve.

En cuanto a la proporcionalidad, hemos ya de señalar, que resulta claro que la sanción se ha impuesto en la parte inferior del grado mínimo. El artículo 106 de la Ley 24/1988 establece:

“Artículo 106

Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción:

a) Multa por importe de hasta 150.250 euros.

b) Suspensión en el ejercicio de todo cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en la entidad por plazo no superior a un año.”

Se afirma que no se ha apreciado la concurrencia de la atenuante de colaboración con la Administración en el expediente sancionador, cuando se aplicó a la Rectora, teniendo en cuanto que la colaboración del actor no pudo producirse por haber cesado en su cargo. Pero lo cierto es que, aún por causas ajenas a la voluntad del actor, la colaboración no se produjo y por ello no puede apreciarse la atenuante. La Administración no viene legalmente obligada a solicitar colaboración de todos los afectados por un expediente sancionador, por ello la atenuante solo será aplicable cuando la colaboración exista.

En cuanto a considerar el cese como elemento de graduación de la sanción, afirma el recurrente que no respondió a causas relacionadas con los hechos enjuiciados. Ahora bien, esta circunstancia no agrava la responsabilidad del actor, sino que atenúa la de la Rectora, por ello no incide en la proporcionalidad de la sanción impuesta al recurrente.

Por último, observando el máximo de las sanciones a imponer, resulta claro, como decíamos, que la sanción se ha impuesto en el mínimo del mínimo, por lo que la proporcionalidad ha sido respetada.

De los fundamentos expuestos resulta la desestimación del presente recurso.

Procede imponer las costas a la recurrente, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por la Ley 37/2011.

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 **D. J.L.A.F.**, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. C.D.-C.R., frente a la **Administración del Estado**, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre **Resolución del Consejo de la CNMV de 3 de octubre 2012**, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia **debemos confirmarla** y la confirmamos, con imposición de costas a la actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 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.

