

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 30 DE JUNIO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 419/04
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de septiembre de 2004 que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 8 de mayo de 2003.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta de junio de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "I., Agencia de Valores" y Don A.T.R., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a A.M.V., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 21 de Septiembre de 2004, siendo la cuantía del presente recurso de 24.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por "I., Agencia de Valores" y Don A.T.R., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a A.M.V., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 21 de septiembre de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

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.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, se acordó el señalamiento para votación y fallo el día veinte de junio de dos mil seis.

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 estos autos la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 21 de septiembre de 2004, por la que se acuerda confirmar la Resolución de la CNMV de 8 de mayo de 2003 que impone a la entidad hoy recurrente, tres sanciones de multa de veinticuatro mil euros cada una, como consecuencia de la comisión de tres infracciones tipificadas en los artículos 100 c), m) y t) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, y que serán objeto de análisis a continuación.

Igualmente se imponen tres sanciones de 12.000 euros cada una y por idénticas infracciones al Presidente y Consejero delegado de la entidad, también recurrente.

SEGUNDO.- De las infracciones objeto de autos son objeto de controversia fundamentalmente dos: las tipificadas en las letras m) y t) del artículo 100 de la Ley 24/1988. Se afirma respecto de ellas que se infringe el principio ne bis in idem.

La subsunción en la infracción m) viene determinada por la falta de información a los clientes de la retrocesión en el cobro de las comisiones, y la t) viene determinadas por las propias retrocesiones de comisiones.

El artículo 100 t) de la Ley 24/1988 tipificada como infracción administrativa grave *“La infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta Ley, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior”*.

El apartado m) por su parte dispone: *“m) El incumplimiento de las normas previstas en esta Ley en materia de información a sus clientes, por parte de las entidades que ejerzan habitualmente actividades relacionadas con el Mercado de Valores, en el caso de que esta información resulte obligatoria.”*

Las infracciones en cuestión protegen dos bienes jurídicos distintos, la t) protege el cumplimiento sustantivo de normas de conducta y la m) el cumplimiento del deber de información. En el presente caso se sanciona la retrocesión de comisiones en sí misma – en cuanto vulnera normas de conducta relativas a anteposición de los intereses de clientes a los intereses propios-, por aplicación del tipo contenido en el artículo 100 t). Se sanciona además la falta de información de tales cobros a los clientes en el tipo del artículo 100 m). Que no existe doble sanción resulta claro si pensamos que puede existir retrocesión de comisiones informando a los clientes de las mismas, en cuyo caso solo sería posible la subsunción en el artículo 100 t), o sin informar a los clientes, como este caso, que es subsumible en el artículo 100 m). Es evidente que el bien jurídico protegido es distinto en ambos preceptos y que la conducta sancionada también lo es: el cobro por una parte y la falta de información por otra.

En cuanto a la tipicidad la propia actora reconoce que la Resolución sancionadora señala cuales son las distintas normas que se infringen, y no se niega la infracción, aunque se afirma que son generales. Pues bien el tipo del artículo 100 t) conecta con el artículo 1 del Código General de Conducta recogido en el Anexo del Real Decreto 629/1993, en cuanto operar con retrocesiones de comisiones cuando no es necesario la interposición de la actora, supone no actuar en beneficio del cliente y anteponer los intereses propios.

El artículo 1 citado establece: *“5ª.- No se deberá inducir a la realización de un negocio a un cliente con el fin exclusivo de conseguir el beneficio propio. En este sentido, las entidades se abstendrán de realizar operaciones con el exclusivo objeto de percibir comisiones o multiplicarlas de forma innecesaria y sin beneficio para el cliente.”*

La referencia al cobro de comisiones innecesarias es expresa.

En cuanto a la conducta relativa a criterios de reparto de beneficios entre clientes, el propio artículo 6 el Anexo citado dispone:

“3. Deberán establecer reglas generales de prorrateo o de distribución de las órdenes ejecutadas que eviten conflicto en operaciones que afecten a dos o más clientes.”

También en este caso la orden sobre la conducta a seguir es expresa.

Por último, las obligaciones relativas a la información a clientes son claras en el artículo 5 del Anexo. No existe pues generalidad en las normas tipificadoras de la conducta, sino órdenes muy concretas que han de ser cumplidas y en este caso no lo han sido.

En cuanto a la calificación de las infracciones como graves, se justifica en la medida en que se trata de incumplimiento de obligaciones sustantivas que afectan directamente a las relaciones con clientes y a la transparencia de las operaciones de éstos. La entidad del comportamiento y la vulneración de normas de conducta tendentes a proteger los intereses de los clientes impiden la calificación como infracciones leves.

TERCERO.- En cuanto a la proporcionalidad de las sanciones, se han aplicado en el grado medio. El artículo 103 de la Ley 24/1988 establece:

“Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

- a) Amonestación pública, con publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.*
- b) Multa por importe de hasta el tanto del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cifras: el 2% de los recursos propios de la entidad infractora, el 2% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas...”*

Las sanciones impuestas a la entidad recurrente, lo han sido en su grado mínimo.

En cuanto a los miembros del Consejo de Administración, dispone el artículo 106 de la misma Ley que son sanciones a imponer por la comisión de infracciones graves por la entidad en la que se integran:

- “a) Amonestación pública, con publicación en el “Boletín Oficial del Estado”.*
- b) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 2% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas...”*

También en este caso se ha impuesto en el grado mínimo, por lo tanto no es necesario razonamiento sobre atenuantes o agravantes porque las sanciones son las inferiores en grado.

CUARTO.- Por último y en relación al fundamento de la responsabilidad del Presidente y Consejero Delegado de la entidad hemos de hacer unas precisiones. 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 sus responsabilidades, 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 estos 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.

QUINTO.- Desde los principios expuestos hemos de analizar el supuesto de autos. El Texto Legal que hemos citado y los principios en él contenidos son igualmente aplicables al supuesto de autos por tratarse de una Sociedad Anónima, aún sometida a las facultades de supervisión de la CNMV dado el ámbito de actividad económica en el que opera, y siéndole de aplicación la regulación específica contenida en la Ley 24/1988 que regula las especialidades de las sociedades que operan en el sector del mercado de valores.

Partiendo de lo anterior hemos de entrar en el análisis de las argumentaciones concretas esgrimidas en la demanda por el actor.

En cuanto a la justificación de la sanción desde el principio de culpabilidad, solo hemos de añadir a lo anteriormente dicho:

1.- Es evidente que el título por el que se realiza la imputación al recurrente lo es por negligencia, dado el grado en que se ha impuesto la multa. No se atribuye participación directa en los hechos, sino la omisión de la diligencia propia de un Consejero Delegado, para cerciorarse del cumplimiento de las normas de conducta relativas a las medidas de control sobre la actuación de los representantes.

2.- Nada dice el recurrente en orden a justificar su omisión, nada alega sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar el establecimiento de dichas medidas. Por ello, y dado que tales prevenciones son exigidas por la normativa específica de aplicación, era racionalmente exigible de quien ocupa un puesto relevante en la sociedad, el despliegue de una actividad adecuada para comprobar el cumplimiento de la normativa en cuestión.

Por último, y en relación a la proporcionalidad, hemos de tener en cuenta el contenido del artículo 106 de la Ley 24/1988:

“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 de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción.

a) Amonestación pública, con publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

b) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 2% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas.

c) Suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad por plazo no superior a un año”.

Dado el máximo de la multa a imponer, se ha impuesto en el tramo correspondiente al primer tercio, esto es, en grado mínimo, dado que se ha considerado la imputación por omisión negligente. La relevancia de las medidas de control y seguridad en estas sociedades unido a que la adopción de las mismas introducen un elemento de inseguridad en el ámbito del mercado de valores y pueden perjudicar los intereses de tercero, justifican que se imponga la sanción de multa en vez de amonestación. Y por último, dada la falta de intencionalidad en la conducta omisiva, así como la inexistencia de perjuicio a tercero, justifica que no proceda la imposición de la sanción de

suspensión. Por ello, se ha elegido la sanción intermedia en gravedad, y dentro de ella se ha impuesto en su primer tercio inferior. Se ha aplicado pues con cumplimiento de la proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 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 "I., Agencia de Valores" y Don A.T.R., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a A.M.V., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 21 de septiembre de 2004, 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 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.