

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE MAYO DE 2000

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 1302/97
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 1 de agosto de 1997
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 24 de mayo 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 1302/97, se tramita, a instancia de Don A.A.V., representado por Dña. M.G.E., contra Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de agosto de 1997, sobre expediente sancionador, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado siendo la cuantía del mismo 500.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 21 de noviembre de 1997, y la Sala por providencia de fecha 4 de diciembre de 1997, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

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 24 de mayo 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.- Se interpone recurso contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 1 de agosto de 1997, que por lo que se refiere a las cuestiones planteadas en la demanda, acuerda:

"8. Imponer a Don A.A.V., como miembro del Consejo de Administración de "S.T., S.L.", 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, una sanción consistente en multa de 500.000 pesetas (QUINIENTAS MIL PESETAS)."

SEGUNDO.- La resolución recurrida incluye en su narración de hechos probados, lo siguiente:

"El Consejo de Administración de la entidad ("S.T."), está constituido por las siguientes personas: Don J.L.P. como Consejero-Secretario, Don A.A.V., como Consejero-Vocal, Don F.A.P., como Consejero Presidente, Don J.S.L., como Consejero-Apoderado."

"El 15 de febrero de 1995 se suscribió un contrato de representación entre «G.I., S.V., S.A.», y "S.T." que finaliza el 31 de mayo de 1995, realizándose operaciones en renta fija y variable en mercados españoles, en fondos de inversión, en futuros y opciones sobre el IBEX-35 y en futuros sobre el Bono 10. Sin embargo, dicho contrato nunca se inscribió en los Registros Oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores."

TERCERO.- El demandante admite que efectivamente fue miembro del Consejo de Administración de "S.T., S.L.", pero que dicha sociedad, aun estando apoderada para ello, nunca ejercitó las facultades de recepción y transmisión de órdenes, los importes que "G.I." satisface a "S.T." son en concepto de captación de inversores y asesoramiento y aunque "S.T." no recibía órdenes de inversores, ni las transmitía, tenía la representación únicamente de "G.I." para hacerlo y con el contrato inscrito en el registro oficial de la Comisión Nacional.

El Abogado del Estado, en su contestación, considera que existe prueba directa de la celebración de un contrato de representación entre "G.I." y "S.T.", de fecha 15 de febrero de 1995, así como la realización de muy distintas operaciones sobre valores cotizables en el marco de este contrato.

CUARTO.- La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, con el fin de proteger los intereses de los inversores, establece en su artículo 76 el principio de exclusividad, conforme al cual, la negociación bursátil y el ejercicio habitual de las restantes actividades relacionadas con los mercados de valores, enumeradas en el artículo 71 de la Ley, quedan reservadas a las Sociedades y Agencias de Valores. Concretamente, este principio de exclusividad afecta a la actividad descrita en la letra a) del artículo 71, consistente en recibir órdenes de inversores nacionales o extranjeros, relativas a la suscripción o negociación de cualesquiera valores, nacionales o extranjeros, y ejecutarlas, si están autorizadas para ello, o transmitir las para su ejecución a otras entidades habilitadas a este fin.

Este régimen de exclusividad de tales operaciones, que sólo pueden desarrollar las Sociedades y Agencias de Valores, tiene una excepción, en el artículo 9 del Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores, que permite que personas naturales o jurídicas ajenas a las Sociedades de Valores, actúen en representación de éstas, sin que se entienda violado el principio de exclusividad establecido en el párrafo

primero del artículo 76 de la Ley del Mercado de Valores, exigiendo dos requisitos: a) cuando sus actuaciones sean por cuenta y en nombre de una única Sociedad de Valores y b) que tales relaciones de representación sean comunicadas, tanto por el otorgante como por los representados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

QUINTO.- En el presente caso, existe constancia en el expediente (folio 878) que "G.I.", que es una Sociedad de Valores, suscribió el 15 de febrero de 1995, un contrato de representación con "S.T., S.L.", que fue cancelado el 31 de mayo de 1995. Durante esos tres meses y medio, "S.T., S.L.", cursó las órdenes relativas a las operaciones a "G.I." por vía telefónica, y percibió unas comisiones por un importe de 7.860.331 pesetas.

Este contrato de representación no fue comunicado por "S.T." a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Por lo que se refiere a la calificación jurídica de la anterior actuación, el artículo 99 q) de la Ley del Mercado de Valores considera que son infracciones muy graves: *"el ejercicio o la realización habitual de las actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de la Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto..."*, cual es el caso de "S.T.", que ni es una Sociedad o Agencia de Valores, ni cumplió el requisito de comunicar a la CNMV la representación de una entidad habilitada .

SEXTO.- El demandante, Don A.A.V., es Consejero Vocal, es uno de los 4 miembros del Consejo de Administración de "S.T., S.L.". Al respecto, el artículo 95 de la Ley del Mercado de Valores considera de aplicación las normas que regulan las infracciones y sanciones no sólo a las personas físicas y entidades que infrinjan normas de ordenación o disciplina de mercado, sino también a quienes ostenten cargos de administración o dirección en dichas entidades. Y añade el segundo párrafo del precepto que ostentan cargos de administración, a los efectos del régimen disciplinario, entre otros, los miembros de los órganos colegiados de administración. Por tanto, la Ley prevé especialmente que los miembros de los Consejos de Administración puedan incurrir en responsabilidad administrativa sancionable.

La exigencia de responsabilidad es posible 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 al demandante se imputa al menos a título de culpa, pues al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, causó -con la concurrencia de las actividades positivas de otros- los hechos constitutivos de las infracciones, siendo en consecuencia responsable de las mismas.

SEPTIMO.- Por lo que se refiere a la sanción impuesta al demandante, consistente en una multa de 500.000 pesetas, está expresamente prevista en el apartado a) del artículo 105, que contempla 4 clases de sanciones para quienes ejerciendo cargos de administración en las personas jurídicas, sean responsables de las infracciones, correspondiendo la determinación de la sanción al titular de la potestad sancionadora, en el presente caso el Ministro de Economía y Hacienda, al tratarse de infracciones muy graves, de acuerdo con el artículo 96 de la Ley, quien ha observado el principio de proporcionalidad en su imposición.

OCTAVO.- 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 A.A.V. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de 1 de agosto de 1997, que se confirma por ser 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.