

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 28 DE DICIEMBRE DE 2007<sup>1</sup>**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº** 683/05  
**Ponente:** Dña. Concepción Mónica Montero Elena  
**Acto impugnado:** Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de octubre de 2005 y 10 de febrero de 2006, que confirman respectivamente, enalzada y reposición, Resolución de la CNMV de 29 de junio de 2005, y del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de octubre de 2005.  
**Fallo:** Parcialmente estimatorio

---

<sup>1</sup> Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2009.

Madrid, a veintiocho de diciembre de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "AP, A.V., S.A."; Don F.N.C. y Don U.K.E. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don D.B.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005 y 10 de febrero de 2006, relativa a sanciones, siendo la cuantía del presente recurso de 30.000 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por "AP, A.V., S.A."; Don F.N.C. y Don U.K.E. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don D.B.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005 y 10 de febrero de 2006, solicitando a la Sala, declare la nulidad de las sanciones que nos ocupa.

**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 aportados 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 dieciocho de diciembre de dos mil siete.

**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 autos las Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005 y 10 de febrero de 2006, por las que se confirman las sanciones impuestas a las hoy recurrentes como consecuencia de la comisión de una infracción grave prevista en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, por la inobservancia de las obligaciones previstas en el artículo 83 de la misma Ley al no establecerse en la entidad elementos de control ni barreras que impidan el flujo interno de información y garantice el funcionamiento autónomo de las distintas áreas; y de otra muy grave prevista en el artículo 99 l) en relación con el artículo 70.1 h), ambos de la Ley 24/1988, por la utilización de cuentas globales para el depósito de valores e instrumentos por cuenta de IIC.

**SEGUNDO.-** Previamente al análisis de la cuestión que se nos somete hemos de recordar el contenido de las normas jurídicas de aplicación.

El artículo 100 t) de la Ley 24/1988, en la redacción dada por Ley 37/1998 dispone:

*"t. La infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior"*

Por su parte el artículo 83 de la Ley 24/1988, en la redacción dada por Ley 37/1998 prevé:

*"Todas las empresas de servicios de inversión, entidades de crédito y demás entidades que actúen, o presten servicios de asesoramiento sobre inversiones, en los mercados de valores deberán establecer las medidas necesarias para garantizar que la información reservada o privilegiada derivada de la actividad de cada una de sus divisiones o secciones no se encuentre, directa o indirectamente, al alcance del personal de la propia entidad que preste sus servicios en otro sector de actividad, de manera que cada función se ejerza de forma autónoma. Además, deberán adoptar las medidas pertinentes para que en la toma de decisiones no surjan conflictos de interés, tanto en el seno de la propia entidad, como entre las entidades pertenecientes a un mismo grupo"*

El mismo artículo en la redacción dada por Ley 44/2002 establece:

*"1. Todas las entidades o grupos de entidades que presten servicios de inversión y las demás entidades que actúen o presten servicios de asesoramiento de inversión, en los mercados de valores tienen la obligación de establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad, de forma que se garantice que cada una de éstas tome de manera autónoma sus decisiones referentes al ámbito de los mercados de valores y, asimismo, se eviten conflictos de interés.*

*En particular, estas entidades están obligadas a:*

*a. Establecer áreas separadas de actividad dentro de la entidad o del grupo al que pertenezcan, siempre que actúen simultáneamente en varias de ellas. En particular, deberán constituirse en áreas separadas, al menos, cada uno de los*

*departamentos que desarrollen las actividades de gestión de cartera propia, gestión de cartera ajena y análisis.*

*b. Establecer adecuadas barreras de información entre cada área separada y el resto de la organización y entre cada una de las áreas separadas.*

*c. Definir un sistema de decisión sobre inversiones que garantice que éstas se adopten autónomamente dentro del área separada.*

*d. Elaborar y mantener actualizada una lista de valores e instrumentos financieros sobre los que se dispone de información privilegiada y una relación de personas y fechas en que hayan tenido acceso a tal información."*

Resulta del expediente administrativo que efectivamente la entidad carecía de los controles exigidos.

Efectivamente, resulta probado -y los recurrentes no niegan-, que aunque existían separación de las sedes, archivos físicos y líneas de comunicación externas, tales medidas eran insuficientes para evitar el flujo de información toda vez que:

1.- El comité de inversión de "AG., S.G.I.I.C, S.A."; responsable de la política de inversión y cuya autorización al efecto era necesaria, se componía por miembros de "AG., S.G.I.I.C, S.A.", "AP, A.V., S.A." y "AV, A.V., S.A.", incluyendo a Don F.N.C., consejero delegado de "AP, A.V., S.A." y "AV, A.V., S.A." y que a su vez ostentaba poderes de gestión e inversión de "AG., S.G.I.I.C, S.A.".

2.- Representantes de "AP, A.V., S.A." han venido gestionando I.I.C. encomendadas a "AG., S.G.I.I.C, S.A.".

Es evidente que la participación de miembros de las distintas sociedades en la gestión e inversión de las demás supone por sí mismo un flujo de información imposible de evitar con las medidas de separación física adoptadas; precisamente porque el flujo de información se produce en los órganos de dirección.

Tal situación es contraria a las previsiones del artículo 83 de la Ley 24/1988 en la redacción anterior a la Ley 44/2002, pero también se mantiene la obligación de adoptar medidas para evitar el flujo de información en la redacción posterior a la Ley de 2002.

**TERCERO.-** El artículo 99 l) de la Ley 24/1988 establece en su redacción originaria, que constituye infracción muy grave, entre otras, la inobservancia por las sociedades y agencias de valores de lo previsto entre otros, en el artículo 70 de la propia Ley.

El citado artículo 70 en su párrafo 1º letra h), en la redacción dada por la Ley 37/1998 establece como obligación de las empresas de servicios de inversión: *"Tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos. Reglamentariamente se regularán los mecanismos de control interno que deberán cumplimentar las empresas de servicios de inversión para cumplir adecuadamente esta obligación. "*

Existe pues una expresa remisión legal al Reglamento en la concreción de las obligaciones. Así, la Circular 1/1998 de 10 de junio de la CNMV, desarrollando esta previsión legal, determina en su Norma 12ª la obligación de individualizar las cuentas.

Pues bien, la utilización de cuentas globales para el depósito de valores e instrumentos por cuenta de IIC es contrario a lo dispuesto en el artículo 70 de la Ley 24/1988 en relación a la citada norma 12ª y por ello constituye una infracción prevista en el artículo 99 l) de la citada Ley.

Nada de lo expuesto es discutido por los recurrentes, pero sostienen que al no existir ni riesgo ni lesión para los inversores o terceros la conducta debía ser tipificada como infracción leve. No existe en la norma ningún soporte a tales afirmaciones. La infracción definida en el artículo 99 l) lo es de mera actividad, no de riesgo o resultado, por ello no se requiere ni la puesta en riesgo general o concreto de los intereses de los inversores, ni menos se exige un resultado lesivo a los mismos. Se trata de una infracción de mera actividad (u omisión) en cuanto se sanciona un comportamiento contrario a las disposiciones legales, sin requerir resultado o riesgo a intereses ajenos.

Por otra parte no podemos entender, como afirman los actores, que la Circular se ha extralimitado en cuanto al exigir la individualización de las cuentas no tiende a la protección de los clientes. Ello no puede aceptarse, la medida en cuestión tiende a la protección de los intereses de los clientes en los términos establecidos en el artículo 70, y a tal fin se exige la individualización de las cuentas.

**CUARTO.-** En cuanto a la culpabilidad de los recurrentes Consejero Delegado y Consejero, ya esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido oportunidad de analizar la responsabilidad de los miembros del consejo de administración, por las infracciones cometidas por la entidad.

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.

Desde tales principios deben ser analizadas las circunstancias concurrentes en autos:

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 comprendido 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 hiciera -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 societario, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos, 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.

Nada dicen los recurrentes en orden a justificar su omisión, nada alegan sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar la situación real de la sociedad y adoptar las medidas exigidas. Por ello, sólo a su negligencia y dejación de las funciones que le venían encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó directamente a la comisión de las infracciones sancionadas.

**QUINTO.-** En relación a la graduación de las sanciones, estas se han impuesto en el grado mínimo previsto en los artículos del 102 al 106 de la Ley 24/1988. Se cumple por ello el criterio de proporcionalidad.

Por último hemos de analizar la cuestión relativa a la publicación de la Resolución sancionadora de 29 de junio de 2005 que sancionaba por una infracción grave.

Nada dicen los recurrentes en relación a la publicación de la resolución por la que se sancionó la infracción muy grave, lo cual es comprensible porque la previsión legal de publicación de tales Resoluciones se encuentra en la Ley 37/1998, anterior a la comisión de los hechos.

Ahora bien, la publicación en el BOE de las Resoluciones que imponían sanciones por infracciones graves se introduce en la Ley 44/2002, entendiéndose la recurrente que se pretende aplicar la norma retroactivamente a hechos producidos con anterioridad a la vigencia de la Ley, siendo ello contrario al principio de irretroactividad en materia sancionadora.

Hemos de señalar en primer término, que como reiteradamente hemos señalado, la publicación en el BOE de una Resolución sancionadora no tiene carácter de sanción, sino que tiene por finalidad informar al mercado de la producción tal conducta para protección de los que operen en él. No rige por ello el principio de irretroactividad de norma sancionadora más gravosa.

Ahora bien, dicho lo anterior, en nuestro Derecho el principio general es la irretroactividad de las normas, salvo disposición en contrario -artículo 2 del Código Civil-, y lo cierto es que la

Ley 44/2002 no establece disposición ordenando la retroacción en el aspecto que analizamos. No puede por tanto aplicarse la norma con efectos retroactivos.

Ahora bien, hemos de establecer el criterio por el que haya de determinarse la aplicación temporal de la norma jurídica, si la fecha de la Resolución sancionadora que ha de publicarse, o la fecha de los hechos objeto de la sanción. El esclarecimiento de esta cuestión parte del análisis de la finalidad de la norma que ordena la publicación. Hemos señalado que lo pretendido con la publicación es la protección del mercado y quienes operan en él, por una doble vía, el conocimiento de que se ha producido un comportamiento contrario a Derecho a fin de que puedan reaccionar frente a él, y que tal comportamiento es contrario a Derecho a fin de extender el conocimiento de que tal conducta no es jurídicamente correcta evitando la producción de otras iguales.

En todo caso la finalidad de la norma es poner en conocimiento del mercado la existencia de conductas contrarias a Derecho. La Resolución administrativa es tan solo el instrumento por el cual esas conductas se constatan, y el medio de ejercicio de la potestad sancionadora. El objeto por tanto de la publicidad es la conducta contraria a Derecho que es de lo que se informa al mercado. Así las cosas, la norma de aplicación viene determinada por el momento en el que ocurrieron los hechos contrarios a Derecho.

En el presente caso los hechos sancionados son anteriores a la entrada en vigor de la Ley 44/2002. Basta leer los hechos imputados para llegar a esta conclusión. Que el expediente se iniciara con posterioridad a la entrada en vigor de la norma o que los hechos continuasen en el tiempo carece de relevancia, puesto que lo esencial es que los hechos por los que se sanciona y que son objeto de la Resolución, y en su caso, de la publicación, ocurrieron antes de entrar en vigor la norma que establece la publicación en el BOE, esto es, ocurrieron en un momento en que el legislador no consideraba que la publicidad de los mismos fuese necesaria para la protección del mercado.

En conclusión, la irretroactividad de la norma viene determinada por el principio general de irretroactividad que rige en Derecho español, y la determinación de la norma vigente viene dado por el momento en que ocurrieron los hechos porque son estos el objeto de la publicación.

Debemos estimar el recurso en esta concreta petición.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso y la anulación del acto impugnado en cuanto a la publicación de los hechos constitutivos de la infracción grave.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 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 estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por "AP, A.V., S.A."; Don F.N.C. y Don U.K.E. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don D.B.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005 y 10 de febrero de 2006, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho las Resoluciones impugnadas en cuanto a la publicación en el BOE de la Resolución de la CNMV de fecha 29 de junio de 2005 por la que se declara a los recurrentes incurso en una infracción grave, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en tal aspecto, confirmando todos los demás pronunciamientos contenidos en ambas Resoluciones, 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.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA MAGISTRADO DÑA. MERCEDES PEDRAZ CALVO** a la sentencia dictada el día 28 de diciembre de 2007 en el recurso 683/2005.

La discrepancia de la Magistrado que suscribe se limita a las consideraciones vertidas en la sentencia en el fundamento jurídico quinto, específicamente en relación con lo que se describe como "la cuestión relativa a la publicación de la Resolución sancionadora de 29 de junio de 2005 que sancionaba por una infracción grave" y que finalmente determina la estimación parcial del recurso al declararse no ajustada a derecho la publicación en el BOE de la Resolución de la CNMV de fecha 29 de junio de 2005.

La sentencia analiza a mi juicio correctamente la cuestión en cuanto a que:

1º la publicación en el BOE de una resolución sancionadora no tiene carácter de sanción, y por tanto no rige el principio de irretroactividad de norma sancionadora más gravosa.

2º la ley 44/2002 no establece la retroactividad de la disposición relativa a la publicación de las resoluciones prevista en el artículo 103 LMV.

Mi discrepancia se centra en la interpretación que se da al objeto de la publicidad, pues según la opinión mayoritaria: "el objeto por tanto de la publicidad es la conducta contraria a Derecho que es de lo que se informa al mercado. Así las cosas, la norma de aplicación viene determinada por el momento en el que ocurrieron los hechos contrarios a Derecho".

Esta Magistrado entiende que si la jurisprudencia ha alcanzado la conclusión de que la publicación de las sanciones impuestas por la Administración Pública en el ejercicio de las funciones que tiene encomendadas por la Ley, y en concreto de las sanciones impuestas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no es una sanción, ha sido con fundamento en que: a) dicha publicación trata de poner en conocimiento del público la actividad administrativa en un sector de especial interés público; b) trata igualmente de satisfacer las exigencias del principio de seguridad jurídica a fin de que se tenga un conocimiento exacto de las consecuencias de la actividad sancionadora de la Administración logrando al tiempo dar un contenido formal a la información recibida por los operadores económicos y los consumidores.

La sentencia lo recoge con claridad: "lo pretendido con la publicación es la protección del mercado y quienes operan en él, por una doble vía, el conocimiento de que se ha producido un comportamiento contrario a Derecho a fin de que puedan reaccionar frente a él, y que tal comportamiento es contrario a Derecho a fin de extender el conocimiento de que tal conducta no es jurídicamente correcta evitando la producción de otras iguales".

Si la publicación cumple igualmente la finalidad de satisfacer las exigencias que la propia Ley del Mercado de Valores impone a una Administración especializada y de asegurar el conocimiento de la actividad de esta autoridad administrativa por los operadores económicos y los inversores, ante la situación planteada en el recurso no cabe sino

concluir que debe publicarse la actividad administrativa sancionadora porque en el momento en que se dicta la correspondiente resolución, la normativa en vigor exige dicha publicación,

En consecuencia el fallo de la sentencia debió de ser la desestimación total del recurso contencioso-administrativo.