

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE JULIO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 224/05
Ponente: Don José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 febrero de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 17 de julio de dos mil siete.

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 224/2005, se tramita, a instancia de Don E.G.Q., representado por la Procuradora Doña R.S.M., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de febrero de 2005, sobre sanción, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 9.000 euros

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Don E.G.Q. interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 22 de abril de 2005, y la Sala, por providencia de fecha 28 de abril de 2005, 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.

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 se solicitó el 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 10 de julio de 2007.

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 contencioso administrativo contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de febrero de 2005, que impuso al hoy demandante una sanción por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

La parte dispositiva de la Resolución impugnada contiene el siguiente pronunciamiento en relación con Don E.G.Q., demandante en este recurso:

Imponer a Don E.G.Q., como Consejero Delegado y Director General de "G.P.M., A. V., S.A.":

- *Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 l) de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la inobservancia del límite operativo previsto en la letra d) del apartado 3 del artículo 70, del mismo texto legal, por el mantenimiento de saldos acreedores no transitorios e instrumentales de clientes, multa por importe de 9.000 euros.*

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda la necesaria aplicación de los principios del derecho administrativo sancionador, considerando que la Resolución impugnada infringe el principio de culpabilidad, la presunción de inocencia y el principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado se opone a la demanda alegando sentencias de esta misma Sala que ponen de relieve la obligación de los administradores de llevar a cabo los actos de su incumbencia que sean necesarios para asegurar la correcta gestión de la sociedad, obligación que ha resultado incumplida en este caso.

TERCERO.- Son hechos acreditados en el presente caso, los que constan con tal carácter en la Resolución impugnada, que no han sido negados por el recurrente, sino que en su demanda efectúa una expresa remisión al expediente administrativo en el apartado de los hechos constitutivos de las infracciones sancionadas.

- "G.P.M., S.A., A.V." fue constituida el 31 de julio de 1987 e inscrita en el Registro Administrativo de la CNMV el 21 de marzo de 1990. Su capital social asciende a 992 mil euros, representado en 330.000 acciones de un valor nominal cada una de 3.005 euros.
- Don E.G.Q., parte actora en este recurso, es titular del 5% del capital social y Consejero Delegado y Director General de "G.P.M., S.A., A.V."
- "G.P.M., S.A., A.V." mantiene saldos acreedores de clientes que no gozan de la característica de instrumentales y transitorios. Esta situación es especialmente relevante en el caso de clientes con un contrato de gestión de carteras. Así, en cuanto a los clientes gestionados en la fecha de la visita, 31 de octubre de 2002, se observó la existencia de 64 miles de euros que podrían considerarse de escasa transitoriedad, habida cuenta que no se registraron operaciones de compra-venta de valores en los dos meses anteriores a la visita. Este importe suponía en ese momento un porcentaje superior al 20% del total de los patrimonios gestionados. Entre los clientes gestionados resultaban significativos los saldos mantenidos por Don J.M.R. (19 miles de euros), Doña A.F.C. (13 miles de euros) y Don F.J.R. (8 miles de euros).

- Estos saldos acreedores de clientes se encuentran depositados en cuentas abiertas en la propia Agencia.

Tales hechos fueron acreditados en la visita de supervisión realizada por la CNMV a "G.P.M., S.A., A.V.", cuyo Informe de fecha 25/06/2003 y Anexos obran en el expediente (folios 73 a 136 en Tomo III del expediente), así como por la propia contestación de "G.P.M., S.A., A.V." a los resultados de la visita de supervisión, aprobada por el Consejo de Administración de "G.P.M., S.A., A.V.", de fecha 12 de septiembre de 2003 (folios 140 a 148 del Tomo III del expediente), en la que no se niega la existencia de los saldos acreedores en la cuantía indicada por la visita de supervisión, sino únicamente se cuestiona su carácter de transitoriedad.

CUARTO.- El artículo 70, letra h) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), impone a las empresas de servicios de inversión como la Agencia de Valores recurrente, la obligación de 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 aquellos, con remisión a la regulación reglamentaria de los mecanismos de control interno que deban cumplimentar las empresas de servicios de inversión para cumplir esta obligación.

Dicho desarrollo reglamentario se contiene en el RD 867/2001, de 20 de julio, sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión, que dispone en su artículo 29 las siguientes reglas sobre las operaciones financieras con el público:

1. Las empresas de servicio de inversión no podrán recibir fondos de personas distintas de las mencionadas en el artículo anterior, excepto por concepto de:

a) Emisión de acciones.

b) Financiación subordinada.

c) Emisión de valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial.

2. Constituirán excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, las cuentas acreedoras de carácter instrumental y transitorio que las sociedades y agencias de valores abran a clientes en relación con la ejecución de operaciones desarrolladas por cuenta de ellos. Los saldos de estas cuentas deberán estar invertidos en aquellas categorías de activos líquidos y de bajo riesgo que el Ministro de Economía determine.

El mantenimiento que antes se ha declarado probado por "G.P.M., S.A., A.V." de saldos acreedores de clientes no instrumentales y transitorios y en especial, el caso de los clientes con contratos de gestión de carteras cuyos saldos acreedores se encuentran depositados en cuentas abiertas en la propia agencia, constituye una infracción de lo indicado en el artículo 29.2 del RD 867/2001, que acabamos de transcribir.

QUINTO.- En cuanto a las alegaciones relativas a la falta de culpabilidad, la Sala mantiene unos criterios, invocados por el Abogado del Estado en su escrito de contestación, respecto de la culpabilidad de los administradores, en caso de infracciones

llevadas a cabo por las personas jurídicas, que no es coincidente con las tesis exculpatorias del demandante.

En sentencias desde la de 23 de marzo de 1999 (recurso 729/96) , hasta otras más recientes, de 30 de junio (recurso 443/04), 14 de julio (recurso 489/04), 3 de noviembre (recurso 504/04) y 7 de diciembre (recurso 577/05), todas del 2006, hemos mantenido que en numerosas ocasiones 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.

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.

SEXTO.- En este caso, el mantenimiento de los saldos acreedores de clientes no transitorios, y en el caso de los clientes de gestión de cartera, el hecho de no encontrarse dichos saldos de efectivo no transitorios en cuentas abiertas en una entidad de crédito, a que antes nos hemos referido, supone una vulneración del artículo 29.2 del RD 867/2001, como antes se ha indicado.

Se aprecia, por tanto, un incumplimiento de la obligación también citada anteriormente del artículo 70, letra h) LMV, de 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, siendo dicho incumplimiento calificado como infracción muy grave por el artículo 99, letra l) LMV.

El recurrente era miembro del Consejo de Administración por lo que la obligación de garante en la legal actuación de la empresa es evidente. Se trata pues del incumplimiento de la obligación de vigilar la actuación legal de la entidad. Como ha dicho el Tribunal Supremo, en sentencia de 7 de abril de 1999 (RJ 1999\3066), es cierto que no consta documentada una reunión del Consejo de Administración en la que se hubiese decidido, de forma expresa, cometer las infracciones más tarde sancionadas, pero ello no excluye la culpabilidad de los vocales que integraban un Consejo que tenía a cargo la administración de la entidad que cometió las irregularidades.

Añade la STS que comentamos que componentes del supremo órgano gestor de una entidad bancaria no pueden alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que les vienen impuestas legalmente, máxime si se tienen presentes los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, siéndoles exigible, como parte de sus funciones libremente asumidas, un deber de vigilancia y control sobre la actividad de la entidad que dirigen y sobre su situación financiera. Si se producen unas infracciones con las características de las aquí examinadas, que les son atribuibles a título de dolo o de culpa, la invocación por los vocales que formaban parte del consejo de administración de su ignorancia de los hechos viene a reconocer, cuando menos, la falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones.

SEXTO.- La Sala no aprecia la infracción del principio de proporcionalidad que invoca la parte recurrente, pues la Resolución impugnada explica que ha determinado la cuantía de la multa teniendo en cuenta la concurrencia de las circunstancias atenuantes de la relativa importancia de la Agencia en el sector, la ausencia de ganancias obtenidas como consecuencia de la infracción, la no constancia de perjuicio causado y, especialmente, haber procedido la entidad a la subsanación de la misma, sin que concurren circunstancias agravantes.

En vista de tales circunstancias atenuantes, expresadas todas ellas en la Resolución impugnada, se impuso una sanción al recurrente de 9.000 euros. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 105 LMV, cuando la infractora sea una persona jurídica, podrán imponerse a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección de la misma, sean responsables de la infracción, una multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o 50.000.000 pesetas (300.506,05 euros), y en este caso la mayor de tales cifras era esta última, por lo que no cabe duda que la Administración ha impuesto la multa en el grado mínimo o tercio inferior de la previsión legal, y aún en los parámetros menores de dicho tercio o grado inferior, por lo que es claro que no existe quiebra del principio de proporcionalidad.

SÉPTIMO.- 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 E.G.Q., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de febrero de 2005, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Judicial.

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.