

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE JUNIO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 145/2011
Ponente: D.ª Mercedes Pedraz Calvo
Acto Impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 4 de febrero de 2011 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 2 de noviembre de 2010.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a dieciocho de junio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 145/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido J.G.V. y en su nombre y representación el Procurador Sr. C.H. frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 4 de febrero de 2011, relativa a sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores siendo la cuantía del presente recurso indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D.ª Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución indicada por medio de escrito presentado el día 6 de abril de 2011.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda. La actora presentó escrito, en el cual, con fundamento en los hechos y fundamentos jurídicos que deja expuestos terminó suplicando la estimación del recurso, y la anulación del acto administrativo impugnado con el reconocimiento de la situación jurídica individualizada del recurrente.

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma con fundamento en los hechos y alegaciones jurídicas que deja expuestos, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

CUARTO- La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y la testifical a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO- La Sala dictó providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 12 de junio de 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Ministra de Economía y Hacienda el día 4 de febrero de 2011

desestimando el recurso de reposición interpuesto por J.G.V. contra otra Orden de dicho Ministerio, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 2 de noviembre de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

"Imponer a D. J.G.V. en su condición de Presidente y Consejero Delegado de GAESCO BOLSA S.V. S.A. (actualmente DELFORCA 2008 SV SA) por la comisión de una infracción muy grave del art. 99 letra e) bis de la ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores por presentar deficiencias en su organización administrativa y contable y en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos, que han puesto en peligro la solvencia y viabilidad de la entidad, una sanción de SEPARACION DEL CARGO CON INHABILITACIÓN para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el número 1 del artículo 84 del mismo texto legal o en una entidad de crédito, por un plazo de CINCO AÑOS".

SEGUNDO- Se declaran probados y se dan por reproducidos los hechos que recoge como tales la resolución impugnada y obrante en las págs. 13057 a 13070 de la resolución impugnada.

TERCERO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue:

- Inexistencia de conducta típica sancionable y de prueba de cargo.
- Incumplimiento del principio acusatorio y del principio de responsabilidad y culpabilidad en relación a los hechos imputados al recurrente.
- Infracción del principio de presunción de inocencia.
- Confusión y adición de conductas y hechos no subsumibles en el art. 99.e.bis LMV.

CUARTO- El Abogado del Estado, contestando a la demanda, acepta los hechos expuestos a lo largo de cien páginas de escrito de demanda, en cuanto no se aparten, no amplíen o no contradigan los resultantes del expediente administrativo reflejados en la Orden impugnada.

Considera que los hechos constitutivos del tipo por el que se sanciona están acreditados resumiendo los que recoge la Orden y a su juicio son constitutivos de la infracción subrayando que las deficiencias existieron y que se ha probado la responsabilidad del recurrente.

QUINTO- En primer lugar es preciso recordar cual es la normativa de aplicación:

- El artículo 99.e) bis de la Ley del Mercado de Valores, que tipifica como infracción muy grave:

"Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren deficiencias en los procedimientos administrativos y contables en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca".

La actora recuerda que según el art. 100.c) bis es infracción grave:

"Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren, deficiencias en los procedimientos administrativos y contables; en los mecanismos de control interno incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, una vez que haya transcurrido el plazo concedido al efecto para su subsanación por las autoridades competentes y siempre que ello no constituya infracción muy grave".

La lectura de la Orden impugnada en reposición, y que se encuentra en el origen de este recurso contencioso-administrativo, pone de manifiesto que en la misma se describe lo ocurrido y que es relevante para el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de la infracción por la que se sanciona a DELFORCA 2008 SV SA. y al hoy recurrente, su Presidente y Consejero Delegado.

Cabe destacar que en los meses de septiembre y octubre de 2007 la dirección del Grupo informó a la CNMV de la existencia de un quebranto de importe significativo en GAESCO debido a las deudas no cubiertas registradas en diversas cuentas vinculadas a un cliente como consecuencia de operaciones con productos OTC. Y en diciembre de 2007 se puso de manifiesto un nuevo quebranto debido a importantes posiciones OTC sobre acciones de Inmobiliaria Colonial que tuvieron gran trascendencia en la situación económico-financiera de la Sociedad, afectando seriamente a su viabilidad y a la de su grupo consolidable. La operativa en OTC por GAESCO había comenzado a finales del año 2005 y se había centrado principalmente en forwards sobre acciones y divisas, opciones sobre acciones y divisas, equity swaps (ES) y contracts for difference (CFD). A partir de mayo de 2007 contrató para clientes, en su mayor parte accionistas de Colonial equity swaps y contracts for difference que llegaron a alcanzar un importe cercano al 10% del capital social de la entidad.

Como consecuencia de los quebrantos referidos la CNMV en cumplimiento de su obligación legal, realizó trabajos de supervisión que pusieron de manifiesto determinadas deficiencias, constitutivas a juicio de la Administración de una infracción muy grave de la LMV por la que se impone sanción.

La resolución del Ministerio de Economía y Hacienda establece de forma detallada tanto en el relato de hechos probados como en los fundamentos jurídicos la concurrencia del elemento objetivo de la infracción y la existencia del elemento subjetivo en los sancionados.

En relación con el control de riesgos se señala:

- La unidad de control de GAESCO no venía realizando tareas específicas de control de la operativa en derivados OTC; específicamente no se llevaba a cabo de manera sistemática la valoración de estos productos ni el cálculo de los riesgos asociados ni el cálculo de las garantías a aportar por los clientes. Como consecuencia, cuando los órganos de Administración y la Unidad de Control de GAESCO se preocupan el volumen de posiciones abiertas era de varios cientos de millones de euros y las cuentas vinculadas al cliente Sr. P. incurrían en unas pérdidas equivalentes al 60% de los recursos propios de la Sociedad.

Como literalmente recoge la Orden (pag. 13062) *"Tanto las indicaciones de la UC acerca de la necesidad de implantar un sistema automatizado de evaluación y control de riesgos de la operativa OTC en tiempo real como las manifestaciones recogidas en las actas del Consejo de*

Administración, acreditan la ausencia de controles adecuados a este tipo de operativa, así como el hecho de que la Sociedad desconocía el elevado riesgo al que alguno de sus clientes estaba expuesto- y por consiguiente ella misma- hasta que dicho riesgo ya se había materializado a través de la generación de pérdidas en cartera o reflejadas como saldos deudores en su cuenta corriente... ..En definitiva, GAESCO no ha contado con capacidad para realizar con carácter periódico la medición y seguimiento de todos sus riesgos, ni de valorar sus posiciones a precio de mercado ni de conciliarlas con la información facilitada por las contrapartes; tampoco tenía establecido un sistema de medición y control de riesgos en base a la calidad crediticia de la contraparte, las tasas de recuperación esperadas y la exposición actualizada y potencial al riesgo, ni procedimientos adecuados para el control y seguimiento de límites de financiación y de saldos deudores de clientes".

Expone la CNMV que sus trabajos de supervisión han puesto de manifiesto deficiencias significativas en la valoración de las posiciones de clientes, detalladas en la pág. 13068 del expediente, y que revelan la ausencia de controles y filtros automáticos. Se ha demostrado en el expediente que como consecuencia de la ausencia de controles que detectarían que la valoración de posiciones se llevaba a cabo de manera automática, y dado que se limitaban a revisar la valoración agregada de las carteras de los clientes sin tener en consideración el riesgo de mercado de las mismas, no pudo cuantificar el riesgo abierto a los clientes ni anticipar lo que luego ocurrió. Así no hubo alerta del riesgo que suponía contratar OTC por importe superior en 25 veces a sus recursos propios, asumió riesgos frente a una sola persona muy superiores a los límites de grandes riesgos que permite la normativa de aplicación, e incluso, como detectó la CNMV un solo cliente, en el año 2008 provocó un resultado de pérdida superior a 800.000 euros.

Se ha constatado por la CNMV, Administración especializada a la que el ordenamiento jurídico ha encargado la supervisión de las entidades que operan el ámbito del mercado de valores, como lo es GAESCO, que los mecanismos de control que tenía la sociedad no permitían medir, efectuar el seguimiento y control periódico sistemático y automatizado de los riesgos que ocasionaba la operativa OTC, y así solo cuando se había consumado la consecuencia de enormes pérdidas se constató el elevado riesgo a que se habían expuesto algunos clientes. Así se reitera que no se imputa ni se sanciona por ausencia total de controles, sino por la insuficiencia e inadecuación de los existentes, precisamente porque estaban concebidos para un tipo de negocio que no tiene los riesgos que si presentan las OTCs. Los propios informes encargados por la empresa lo ponen reiteradamente de manifiesto, y así se detalla en la Orden impugnada Folios 13080 y 13081 entre otros).

En relación con la operativa en el SIBE se han constatado deficiencias en la comprobación del límite a la operativa por cuenta propia por la Unidad de Control que exige la norma 4.3 de la Circular 1/1998, y que el carácter manual del control de la operativa intradía que permitía errores significativos en la apreciación del riesgo.

La estructura organizativa igualmente revela la concentración de tareas en el Presidente y Consejero Delegado con infracción de las normas 4.1, 8.1 y 8.3 de la referida Circular 1/1998.

Por todas estas razones considera la Sala igualmente conforme a derecho la tipificación como infracción muy grave, y no como grave, dentro de la clasificación que realiza la LMV en los arts. 99.e.bis y 100.c.bis respectivamente.

De cuanto se ha razonado resulta que como consecuencia de las deficiencias habidas en su organización administrativa y contable y en los procedimientos de control interno, han resultado consecuencias desastrosas para la sociedad: pérdidas en el año 2007 por importe de 60,2 millones de euros y en el año 2008 incumplimiento del coeficiente de recursos propios y la necesidad de enajenar la mayor parte de su negocio, la rama de actividad de mercados organizados, y en definitiva, como igualmente recuerda la Administración, a finales de 2008 una clara incertidumbre sobre su futuro.

SEXTO- Alega en segundo lugar la actora que no se ha practicado prueba de cargo, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia se resume en la sentencia 172/2005, de 20 de junio, en los siguientes términos:

«Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho –se continúa afirmando la mencionada Sentencia– que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).>>

La Administración ha razonado los hechos que considera constitutivos de la infracción, todos los cuales constan en diferente documentación que obra en el expediente, con lo que se ha cumplido con la obligación jurídico-constitucional de acreditar el elemento objetivo y subjetivo de la infracción. Y tal documentación no ha sido impugnada por la recurrente, salvo para entender que se ha valorado mal lo que resulta de la misma, por las razones que se analizaron en el fundamento jurídico anterior.

SEPTIMO- Continuando con el examen de las alegaciones del recurrente, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su

manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad 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.

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.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1991, recurso de amparo 246/1991 estableció en relación con la comisión de infracciones por las personas jurídicas lo siguiente:

"Todo ello, sin embargo no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma".

En este caso, la responsabilidad del recurrente, se aplica lo dispuesto en el artículo 105 LMV según el cual:

"Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy 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 300.500 euros.*
- b. Suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en la entidad por plazo no superior a tres años.*
- c. Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.*

d. Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el apartado 1 del artículo 84 o en una entidad de crédito por plazo no superior a diez años.

En todo caso, las sanciones impuestas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado una vez sean firmes en la vía administrativa.

Cuando se trate de la infracción prevista en la letra o del artículo 99, se impondrá en todo caso la sanción recogida en la letra a anterior del presente artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 30.000 euros."

Se ha acreditado en autos que tenía la atribución de los cargos, y los poderes correspondientes, de Presidente y consejero Delegado.

El hecho de que otra persona ostentara de forma mancomunada la condición de Consejero Delegado no es obstáculo para la atribución de responsabilidad al recurrente, pues el mismo era responsable de las áreas en las que se han producido los hechos constitutivos de la infracción. En el propio manual de procedimiento de la empresa se establece la responsabilidad del ahora actor en la mayoría de las áreas de negocio de la entidad, y específicamente el control, administración y organización de las referidas áreas.

A esto se suma la acreditación de que, en relación con el cliente J.P, el Sr. G. tenía conocimiento directo, y que en relación con la operativa de Inmobiliaria Colonial firmó las confirmaciones con las entidades financieras, concretamente de 22 firma 4 el otro Consejero, ocho el actor, y 9 el otro Consejero con posterioridad a la fecha de cese del recurrente en sus cargos de Presidente y Consejero Delegado. El propio hecho de que el recurrente pusiera a disposición del Consejo de Administración sus cargos revela su responsabilidad, y como también recuerda la CNMV el informe de auditoría complementario del ejercicio 2007 señala que la actividad relativa a los OTCs estaba dirigida de forma directa por el recurrente. Señala en concreto que *"la concentración de estas funciones, conjuntamente a un sistema de control interno enfocado sustancialmente al negocio tradicional de intermediación en mercados organizados, ha permitido y posibilitado una asunción de riesgos en Gaesco Bolsa, causándole importantes quebrantos económicos y reputacionales"*.

Resulta en consecuencia, a juicio de esta Sala, que se ha practicado en el expediente administrativo prueba de cargo suficiente como para entender desvirtuada la presunción de inocencia que ampara al entonces expedientado, luego sancionado y ahora recurrente.

Finalmente, en relación con la graduación de la sanción, la Administración ha tenido en cuenta la situación del interesado en la actuación de la empresa, y la concurrencia de agravantes concluyendo que es más razonable sancionarle con la inhabilitación, y pese a la concurrencia de agravantes, la duración de esta se establece en el grado medio por no haber obtenido beneficio personal. Se ha respetado así, a juicio de esta Sala, el principio de proporcionalidad regulado en la ley 30/1992 en los siguientes términos:

"artículo 131. Principio de proporcionalidad.

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.

2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.

3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

A) La existencia de intencionalidad o reiteración.

B) La naturaleza de los perjuicios causados.

C) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme.”

Los criterios correspondientes deben ser valorados en atención a las circunstancias del caso y es así como los ha aplicado en este caso la Administración.

En cuanto a la declaración de un testigo que no ha podido llevarse a cabo, y que se solicitó por otrosí del escrito de conclusiones su práctica, esta Sala considera que la recurrente ha dispuesto de un conjunto de medios de prueba suficiente para servir de soporte a su tesis, no apreciándose que la declaración testifical de un único testigo pudiera tener virtualidad suficiente como para convertir en inválidas las otras pruebas practicadas tanto en el expediente administrativo como en la instancia, y que justifican las conclusiones alcanzadas en estos autos.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de J.G.V. contra la Resolución dictada el día 4 de febrero de 2011 por la Ministra de Economía y Hacienda descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.