

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE NOVIEMBRE DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 681/1994
Ponente: D. Fernando Delgado Rodríguez
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de enero de 1994 confirmada en reposición por Resolución del mismo Ministerio de 24 de mayo de 1994
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a veintiséis de noviembre de mil novecientos noventa y 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 06/0000681/1994 se tramita a instancia de Don F.D.L. representado por la Procuradora Sra. A.M., con asistencia Letrada, contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de mayo de 1994, sobre sanción de multa, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 2.500.000 ptas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo por Don F.D.L. 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 24/5/94, solicitando a la Sala declare nula dicha resolución.

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 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.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba se dictó auto denegando el recibimiento en fecha 22/2/95 y, evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 18 de noviembre de 1997.

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. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Resolución de 24 de mayo de 1994 del Ministerio de Economía y Hacienda está ajustada a Derecho, aunque su limitado alcance no afecta al fondo del asunto, puesto que es cierto que en este caso, iniciado el expediente sancionador con el acuerdo de incoación de 23 de junio de 1993, antes de la publicación del Real Decreto 2.119/93, de 3 de diciembre, debía ser resuelto según la legislación anterior, pero dictada la Orden Ministerial resolutoria del mismo el 24 de enero de 1994, estando ya en vigor el indicado Real Decreto desde el 24 de diciembre de 1993, es indudable también que, contra dicha Orden no cabe recurso de reposición ni ningún otro en vía administrativa, con la sola excepción, si procediera, del extraordinario de revisión, teniendo que acudir para su impugnación al órgano que sea competente del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Y al tener su origen la interposición de este recurso en la propia indicación de la Administración, su inadmisibilidad en nada puede perjudicar el derecho que asiste al interesado, y así se le notificó, para recurrir la Orden de 24 de enero de 1994 ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde que sea notificada esta resolución, y así ocurrió mediante la interposición del presente recurso.

SEGUNDO.- Una vez despejada la dificultad procedimental apuntada, debemos examinar el fondo del asunto y de las cuestiones litigiosas planteadas; cabe analizar primeramente que no existe discrepancia respecto del proceso de conversión a Gestora de Cartera en el que se encontraba inmersa "A., A.V., S.A." en el momento de tener lugar los nombramientos de consejeros, que no se les puede imputar a los recurrentes la denegación por la CNMV de la conversión a Gestora de Carteras que como consecuencia de dicha denegación los nombramientos resultarían incompatibles, no obstante las mencionadas circunstancias no pueden ser tomadas en cuenta a efectos de eximir de responsabilidad a la entidad ni a los consejeros incompatibles porque los nombramientos de consejeros incompatibles se produjo y los Consejeros nombrados, siendo legalmente incompatibles para ejercer cargo de administración en una Agencia de Valores, han ejercido efectivamente sus cargos en "A., A.V., S.A.". No siendo cierto que el nombramiento de los Consejeros incompatibles fuera admitido desde el principio por la CNMV que había instado a la sociedad a nombrar consejeros por encontrarse en situación irregular desde la dimisión de los anteriores Consejeros, porque debemos distinguir entre el proceso de conversión de la Agencia de Valores a Gestora de Carteras en el marco del cual se aceptaron las propuestas de Don H.P.T. y Don F.D.L. como Consejeros de la futura Gestora de Carteras pero no como Consejeros de la Agencia de Valores, y el hecho de que dichos señores propuestos y aceptados para ejercer sus cargos en la futura Gestora de Carteras hayan sido inscritos como Consejeros de la Agencia de Valores y hayan ejercido sus cargos en la misma siendo incompatibles. En consecuencia, no es verdad que la CNMV admitiera los nombramientos de Don H.P.T. y Don F.D.L. como consejeros de "A., A.V., S.A.", ni que la CNMV instara a la sociedad a regularizar su situación de falta del número de Consejeros legalmente establecido, puede ser utilizado como excusa para explicar el nombramiento de Consejeros incompatibles. No ajustándose a la realidad la manifestación relativa a que los cargos fueron ejercidos sólo para cumplir dicha

regularización legal, porque el ejercicio de los cargos incompatibles fue para adoptar el acuerdo de cambiar el domicilio social y nombrar letrado asesor de la sociedad, que propiamente no constituye cumplimiento de dicha regularización.

Por todo lo expuesto debemos concluir que está ajustada a Derecho la O.M. de 24 de enero de 1994 en que se sancionó a la parte recurrente por el incumplimiento del art. 69 de la Ley del Mercado de Valores, según el cual: *"La pertenencia al Consejo de Administración de una Sociedad o Agencia de Valores y el desempeño en ellas de una actividad remunerada serán incompatibles con la pertenencia al Consejo de Administración, el desempeño de actividades remuneradas o la titularidad de una participación superior a la que reglamentariamente se determine en las siguientes entidades:*

a) Otras Sociedades y Agencias de Valores.

b) Sociedades de Inversión Colectiva, Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva, Entidades Gestoras de Fondos de Pensiones y Sociedades Gestoras de Carteras.

c) Entidades que tengan valores admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial".

La inobservancia de lo previsto en dicho precepto constituye una infracción muy grave, tipificada en el art. 99 l) de la Ley 24/88. Y quienes infrinjan las normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad por la simple comisión de la infracción, de conformidad con el art. 95 de la Ley del Mercado de Valores. Y en este caso no consta producido error de prohibición en la actuación de la parte recurrente, puesto que según la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida, entre otras, en la sentencia de la Sala Segunda, de 19 de octubre de 1994, *"en el caso de error de prohibición quien lo alega está en la creencia de que su conducta no conlleva sanción por estar obrando lícitamente y con arreglo a derecho"*; mientras que en el presente caso, se reconoce que *"el expedientado conocía que su nombramiento como consejero de la agencia de valores resultaba incompatible con la condición de asalariado de la C.I.C., S.A."* (fundamento jurídico quinto del escrito de demanda), por lo que el actor conocía que no obraba con arreglo derecho.

No constando a la Sala que el principio de proporcionalidad haya sido incorrectamente aplicado en este caso a la parte recurrente, teniendo en cuenta lo dispuesto en los arts. 12 a 17 de la Ley 26/88, de 29 de julio, así como los arts. 69, 95 y 99 l) de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, considerando que se haya graduado en su término medio aproximadamente la sanción impuesta en la referida O.M. de 24 de enero de 1994 y teniendo presente el criterio doctrinal mantenido en las sentencias del Tribunal Supremo de 21/3/87 y 15, 16 y 21/4/97 (Rs. 2177, 3083, 3326 y 3334).

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la Ley Reguladora de Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido: DESESTIMAR el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don F.D.L. contra O.M. de fecha 24/1/94, declarando ajustada a Derecho la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de mayo de 1994. Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma no cabe recurso de casación, conforme previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, del Poder 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.