

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 7 DE MAYO DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª

Recurso nº: 1598/93
Ponente: D.ª Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 11 de enero de 1993 confirmada en reposición por Resolución del mismo Ministerio de 19 de abril de 1993
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 7 de mayo de 1997

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto la Procuradora de los Tribunales D.^a M.T.A.P.L. en nombre y representación de Don E.P.V. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por silencio administrativo del Ministro de Economía y Hacienda en materia relativa a sanción por aplicación de la Ley del Mercado de Valores con una cuantía indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrada D.^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 28 de junio de 1993, dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE. El Ministerio resolvió el 19 de abril de 1993 el recurso, desestimándolo pero acordando subsanar el error relativo a que la inhabilitación lo es para ejercer cargos en otra entidad financiera de la misma naturaleza que aquella en la que el sancionado prestaba sus funciones.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 15 de abril de 1994, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia: *"que acuerde declarar la nulidad de la resolución recurrida en cuanto a mi representado E.P.V., dejando aquélla sin efecto"*.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó Auto el 28 de junio de 1995 acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental y testifical a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

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

SEXTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del día 30 de abril de 1997 en que se deliberó y votó, habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la desestimación por O. M. de 19 de abril de 1993 del recurso de reposición interpuesto por Don E.P.V., hoy actor, con fecha 12 de febrero de 1993, contra la Orden Ministerial de 11 de enero de 1993 del Ministro de Economía y Hacienda, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se declara la responsabilidad del recurrente por las infracciones cometidas por "E., SVB, SA", imponiéndole dos sanciones de cinco millones de pesetas, y dos sanciones de cuatro años de inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad financiera de la misma naturaleza que aquella en la que el sancionado prestaba sus funciones.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: no se ha probado la intervención del recurrente en los hechos objeto del expediente, infringiéndose el art. 24 de la Constitución, los principios que inspiran el derecho administrativo sancionador y en definitiva el art. 103.1 de la Constitución.

TERCERO.- Se declaran probados los siguientes hechos:

a) El 23 de julio de 1990, "E., SVB, SA" de una parte y "G., S.A.", de otra, firman un contrato de gestión de cartera, entregando la segunda a la primera trescientos millones de pesetas en efectivo para su gestión. A la fecha de terminación del contrato el 31 de diciembre de 1990, "G., S.A.", había sufrido pérdidas de 168 millones de pesetas, de las que 84 millones se produjeron por operaciones de compraventa del valor Inmobiliaria Alcazar, contratadas entre el 24 de julio y el 26 de noviembre del 1990. En este período, "E., SVB, SA", estableció la cotización del valor Inmobiliaria Alcazar en las Bolsas de Madrid (donde concentró el 70% de la contratación) y Bilbao (donde concentró el 100% de la contratación del referido valor).

Trece operaciones de compra (tres) y venta (diez) de los valores, de las realizadas para la cartera de "G., S.A.", por E., SVB, SA", lo fueron siendo la contrapartida la cartera propia de ésta.

Como resultado de las operaciones de compraventa del valor Inmobiliaria Alcazar realizadas entre la cartera de "G., S.A.", y la cartera propia de "E., SVB, SA", ésta obtuvo un beneficio por la venta de valores de 41.525.000 ptas, como consecuencia de la venta en tales condiciones de "E., SVB, SA" a "G., S.A." el 31 de julio de 1990, de títulos de Fidelity Japan OTC, la primera obtuvo un beneficio de 12.754.053 pesetas.

b) El 9 de julio de 1990, "E., SVB, SA", de una parte y Dña. M.A.P.M. por otra, firmaron un contrato de gestión de cartera, por cuyo concepto entregó la segunda 75 millones de pesetas a la primera.

La gestión de esta cartera, entre la fecha de la firma del contrato y el 13 de febrero de 1991 supuso a Dña. M.A.P.M. la pérdida de 35 millones de pesetas. De esos 35 millones, 23 los perdió en operaciones con el valor Inmobiliaria Alcazar, y a su vez varias de estas operaciones tuvieron como contrapartida la propia cartera de "E., SVB, SA", obteniendo en estos casos "E., SVB, SA" un beneficio por venta de valores de 10.905.000 pesetas. En dicho período "E., SVB, SA" concentró el 70 % de la contratación del valor Inmobiliaria Alcazar en la Bolsa de Madrid, y el 100 % de la contratación en la Bolsa de Bilbao, siendo así que Inmobiliaria Alcazar sólo tenía sus títulos admitidos a negociación en esas dos Bolsas.

c) Entre el 1 de junio de 1990 y el 30 de diciembre de 1990, "E., SVB, SA" fijó el precio en los mercados referidos (Bolsas de Madrid y Bilbao) mediante la utilización de personas físicas y jurídicas vinculadas a ella y a sus directivos; la operativa consistió en formar un precio para luego realizar operaciones de compraventa, generalmente operaciones de "arbitraje" entre ambos mercados y así, obtener plusvalías en la negociación con clientes de cartera gestionada, transferir beneficios o pérdidas entre clientes vinculados entre sí por motivos fiscales, transferir beneficios a sociedades vinculadas y llevar a las cuenta de resultados beneficios aparentes obtenidos por ventas a personas o entidades vinculadas a "E., SVB, SA".

De este modo, comprando y vendiendo un total de sesenta y cinco mil títulos de Inmobiliaria Alcazar en ese semestre (que empezaron y terminaron en la cartera de "E., SVB, SA") obtuvieron un beneficio de 46.625.000 pesetas (52.430.000 pesetas de beneficio por ventas a "G., S.A." y a Dña. M.A.P.M., menos 5.805.000 pesetas de pérdidas en otras operaciones).

Don E.P.V. era uno de los Consejeros que, desde el 25 de julio de 1989 y hasta el 20 de agosto de 1990, tenía delegadas todas las facultades del Consejo de Administración de "E., SVB, SA". Desde julio de 1989 fue Consejero y Secretario del Consejo de "E., SVB, SA", y al menos en fecha 2 de abril de 1991 continuaba ostentando dichos cargos, siendo además Asesor Jurídico. Además ostentaba cargos en "E., S.A.", en el "Banco E.F." y en "Ec., SA" como Presidente.

CUARTO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de las siguientes infracciones:

a) Dos infracciones muy graves de las comprendidas en el art. 99 l) en relación con el art. 71 j) de la Ley 24/88 al haberse gestionado las carteras de valores de "G., S.A." y de Dña. M.A.P.M. violando la prohibición de negociar por cuenta propia con el titular de los valores objeto de la gestión.

b) Una infracción muy grave de las comprendidas en el art. 99 s) por utilizar personas jurídicas interpuestas para conseguir un resultado tipificado al menos como infracción grave.

c) Una infracción muy grave prevista en el art. 99 i) por desarrollar prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores.

De dichas infracciones es responsable el recurrente, habiendo quedado acreditada en autos por las razones que se expondrán a continuación.

QUINTO.- Ha quedado debidamente probado no sólo documentalmente sino por el propio reconocimiento del hoy actor al declarar ante la CNMV (folios 43 y siguientes del Tomo II del Expediente) que durante las fechas relevantes era Secretario del Consejo y miembro del mismo, además de Asesor Jurídico y Consejero de diversas Sociedades integrantes del Grupo Financiero "E"- "Banco E.F".

En lo que se refiere a las infracciones del art. 99 l) en relación con el art. 71 letra j) el actor alega, en resumen, su total ignorancia (aunque en el expediente alegó que las operaciones encargadas por "G., S.A." eran para generar minusvalías, folio 51 tomo II, contestando a la pregunta 8) de las operaciones.

La estimación de las alegaciones de referencia equivaldría a ignorar que el art. 127 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que "*Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal*", y que el art. 133 pfo. 1 contempla la responsabilidad de los Administradores frente a la Sociedad, frente a los accionistas y frente a los acreedores sociales del daño que causen por actos contrarios a la Ley o a los Estatutos o por los realizados sin la diligencia con la que deben desempeñar el cargo. La propia Ley, al regular las cuentas anuales, establece que "*los Administradores de la Sociedad están obligados a formular en el plazo de tres meses(...)*" (art. 171) y que "*las cuentas anuales comprenderán el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria. Estos documentos, que forman una unidad, deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad(...)*", (art. 172). Resulta en consecuencia que, según la Ley de Sociedades Anónimas, 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 al objeto social, ya controlando el estado de las cuentas; en general, cumpliendo con su obligación legal, que excede de la mera asistencia a las sesiones del Consejo de Administración y cobro de los correspondientes emolumentos.

Todo esto configura una doble responsabilidad de los administradores, garantes respecto al buen funcionamiento de la sociedad tanto respecto de los socios como de los no socios, de ahí que el art. 133 regule dicha responsabilidad frente a la Sociedad, los accionistas y los acreedores sociales, y el art. 89 frente a terceros.

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 si resulta acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley. Esto no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de las infracciones administrativas por las que se sanciona al hoy actor se imputa al menos a título de culpa; el recurrente, al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio

de sus funciones, causó, en concurrencia con las actividades positivas de otros, los hechos constitutivos de las infracciones siendo en consecuencia responsable de las mismas y acreedor a la imposición de las sanciones.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia 76/90, analiza la adecuación a la Constitución, y en concreto al art. 25, de un precepto que señala que determinadas infracciones administrativas son sancionables "*incluso a título de simple negligencia*", lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de responsabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro que, más allá de la simple negligencia los hechos no pueden ser sancionados. Concluye el T.C. que ello no constituye un régimen de responsabilidad objetiva.

Volviendo a las alegaciones del actor, resulta que la Sociedad de que era administrador realizó una serie de conductas prohibidas, sin que el mismo tratara en momento alguno de esclarecer si las actuaciones societarias eran o no conformes con el ordenamiento jurídico, y menos aún de oponerse o hacer constar su oposición. Según alega, no se enteraba de nada pese a ser el Asesor Jurídico, porque no se sometían a deliberación del Consejo de Administración las cuestiones ahora comprobadas, pero tampoco hacía nada por enterarse, pese a que la Ley de Sociedades Anónimas, como se ha visto más arriba, otorga a los administradores los medios para cumplir con las obligaciones que le impone.

En este supuesto, por otra parte, la Sala considera probado que el actor se enteró de cuanto ocurría, como se desprende de sus propias manifestaciones al intentar justificar las pérdidas que la negociación de los títulos de Inmobiliaria Alcazar supusieron para los clientes referidos con la intención manifestada (negada expresamente por los interesados y por Don J.A., folios 82 y siguientes y folio 217 tomo II del expediente) de generar minusvalías. Por otra parte, omite toda referencia al hecho de que los títulos provinieran de la cartera de "E., SVB, SA", y de la obtención de beneficios casi equivalentes a las pérdidas sufridas por los clientes.

El tipo en la infracción prevista en el art. 71 letra j) en relación con el 99 l) es la negociación por cuenta propia con el titular de los valores objeto de gestión por la Sociedad de Valores, con independencia de otras consideraciones, consideraciones que por otra parte sí se han producido en este supuesto, la obtención de un beneficio económico para la Sociedad de Valores correlativo a la pérdida sufrida por el cliente.

SEXTO.- Cuanto se ha expuesto en relación con esta infracción es aplicable en líneas generales a la infracción tipificada en el art. 99 letra i) pues la Sociedad que negociaba el 100 % en la Bolsa de Bilbao y el 70 % en la Bolsa de Madrid, desarrolló una serie de operaciones, algunas constitutivas en sí mismas de una infracción -la tipificada en el art. 99 letra s)- dirigidas a falsear la libre formación del precio del valor Inmobiliaria Alcazar. Este precepto no exige sino la realización de unas prácticas que tengan el designio de falsear la libre formación de los precios, de manera que la infracción se consuma cuando las prácticas en cuestión logran que se forme el precio del valor fuera del libre juego de la oferta y la demanda.

El bien jurídico protegido con este precepto es el mecanismo de la libre formación de los precios en el mercado con la finalidad de garantizar la transparencia e igualdad de oportunidades entre los inversores. Los precios formados en estas circunstancias garantizan a su vez la eficaz asignación de los recursos económicos, por lo que la vigilancia de dichas transparencia e igualdad de oportunidades de los inversores encomendada por la Ley a la CNMV tiene trascendencia no sólo para éstos en particular sino para el sistema financiero en general.

SÉPTIMO.- Finalmente se ha acreditado en el expediente que la persona con poder suficiente para ordenar movimientos en la cuenta que en la "Banca R." estaba abierta a nombre de un tercero era el hoy recurrente, y que en las fechas relevantes se realizaron operaciones con el valor Inmobiliaria Alcazar, por importe superior a cien millones de pesetas (folios 252 y 253 del tomo I del expediente). Por otra parte en el tomo V del expediente (folios 207 y siguientes) figura un informe a la Dirección General de la Inspección de la CNMV remitido por el Vicepresidente de "E., SVB, SA" el día 26 de julio de 1991 en el que se señala que "F." y "Y" eran sociedades instrumentales de "E., SVB, SA", y que "E." era una sociedad de Don E.P.V. Estas sociedades realizaron operaciones de compraventa de valores con el valor Inmobiliaria Alcázar en las mismas fechas del mes de julio de 1990, entre sí, o con la cartera de "E., SVB, SA".

El actor ostentaba en esas fechas cargos de administrador, según consta documentalmente y ha declarado él mismo tanto en "E., SA", como en "E., SVB, SA".

La prueba que ha solicitado practicar en relación con "F., S.A.", y "Y., S.A.", no ha arrojado ninguna luz sobre los administradores de las mismas, al pedir a la Sala que oficiase al Registro Mercantil de Madrid y estar inscritas en el de Guipúzcoa, cuestión que no sólo certifica el Registro sino que resultaba de los datos obrantes en el expediente.

Se ha acreditado fehacientemente y sin lugar a dudas la vinculación con el actor de algunas de las personas jurídicas interpuestas para realizar operaciones sobre el valor Inmobiliaria Alcazar, y la finalidad de formar una apariencia de mercado que tenían tales operaciones.

En resumen: el recurrente es responsable de la realización de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios del valor Inmobiliaria Alcazar, de utilizar personas jurídicas interpuestas para lograr el resultado de crear la apariencia de un activo mercado de los títulos de dicha empresa, con la subsiguiente alteración del precio de los mismos, que sin duda hubiera sido diferente de haberse configurado en base a operaciones fundadas en una auténtica voluntad de compra y venta.

OCTAVO.- La imposición de las sanciones en el grado máximo está plenamente justificada a juicio de esta Sala por las circunstancias que concurren en las infracciones: el número y entidad de las mismas y las nefastas consecuencias que tuvieron en la confianza de los pequeños inversores, en el libre funcionamiento del mercado y en la propia honorabilidad de los operadores en el mercado de valores.

Finalmente, la propuesta del Instructor no vincula al órgano que debe imponer la sanción en cuanto a su cuantía (para la sanción pecuniaria) o duración (para la sanción de inhabilitación) y así lo ha reconocido el Tribunal Supremo en su jurisprudencia.

La Sala entiende que en el expediente sancionador de autos se ha practicado prueba de cargo suficiente contra el expedientado, quien a su vez ha contado con todos y cada uno de los medios de defensa previstos por la Ley. Debe desestimarse el recurso y confirmarse la Orden impugnada.

NOVENO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don E.P.V. contra la Orden dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 19 de abril de 1993 desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la Orden del mismo Ministerio de 11 de enero de 1993, descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas.

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

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.