

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE OCTUBRE DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 302/99
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de octubre de 1998
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a 2 de octubre de dos mil dos

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 302/99, se tramita, a instancia de Don M.B. y Don F.G., representados por la Procuradora Doña. M.D.R.O., contra Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de octubre de 1998, sobre expediente sancionador y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 50 millones de pesetas (300.506,05 €),

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 26 de diciembre de 1998, presentado ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJ de Madrid, que por auto de 5 de febrero de 1999, se declaró incompetente, ordenando la remisión de las actuaciones a esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, por providencia de fecha 6 de abril de 1999 se acordó tener por interpuesto el recurso y se 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.

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.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 1 de octubre de 2002.

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 Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de octubre de 1998, que resolvió el expediente sancionador seguido, entre otros, a los hoy demandantes.

La Orden impugnada declaró que los demandantes, Don M.B. y Don F.G., así como C.S.A., y Don F.J.A.M., que no son parte en este recurso, habían llevado a cabo, durante el período comprendido entre los días 29 de junio de 1995 y 23 de diciembre de 1996, prácticas dirigidas a falsear la libre formación del precio de sus acciones en el mercado de valores, lo que calificó como una infracción muy grave tipificada en la letra i) del artículo 99 de la ley 24/1988 y sancionó con una multa de 50 millones de pesetas a cada una de las personas físicas y otra multa de 50 millones de pesetas a la persona jurídica.

SEGUNDO.- La parte actora alega que, aunque es cierto que tanto Don M.B. como Don F.G. fueron miembros del Consejo de Administración de C.S.A., ninguno de los dos tuvo ninguna participación en los hechos que narra la resolución impugnada, sin que exista norma alguna que permita sancionar a los Consejeros por el mero ostentar esa condición.

El Abogado del Estado, tras señalar que los hechos del expediente muestran la existencia de un falseamiento del valor de las cotizaciones de C.S.A., que se formó al margen del libre juego de la oferta y la demanda, analiza la participación de los demandantes en tales hechos, de los que deben responder a título de culpa o simple negligencia, por no desplegar la conducta necesaria y exigible para impedirlos a que les obligaba su condición de Consejeros.

TERCERO.- Necesariamente hemos de partir en este caso de lo decidido en nuestra sentencia de 5 de julio de 2002 (recurso 125/1999, de esta misma Sección), en la que se enjuiciaba la misma Orden Ministerial que ahora se impugna, si bien a instancia de otro recurrente distinto a los ahora demandantes.

Los demandantes en este recurso no niegan los hechos que motivan las sanciones, sino que se limitan a negar su participación en los mismos. No obstante, por razones de coherencia, debe exponerse primero la opinión de la Sala acerca de los hechos que la CNMV calificó como infracciones muy graves.

En febrero y marzo de 1994 se produjo un cambio accionarial en la sociedad C.S.A. y, a partir de dicho momento, los demandantes fueron nombrados miembros de su Consejo de Administración, debido según sus alegaciones a sus conocimientos en el sector turístico y a unas proyectadas inversiones en un proyecto turístico a desarrollar en el Caribe, aunque lo cierto es que tales inversiones nunca se realizaron.

Por el contrario como decíamos en la sentencia citada, de 5 de julio de 2002, la supuesta inversión se concretó en que un grupo de personas físicas (no accionistas de C.S.A) y jurídicas (que ya eran accionistas) no-residentes realizan en periodos muy concretos, y en cantidades asimismo muy concretas, operaciones de compra y venta en las Bolsas de Valencia y Barcelona, entre ellas o teniendo como contrapartida a las dos personas físicas residentes que se mantienen como accionistas de C.S.A.. En una parte muy importante del periodo relevante (11-VIII-95 a 2-IX-96) el 84% de la contratación tiene lugar mediante aplicaciones al estar monopolizada por un intermediario financiero en Valencia y por dos intermediarios financieros en Barcelona. Finalmente, la negociación se reduce al traspaso continuo entre las personas jurídicas no-residentes de un volumen fijo de títulos, cien, en cada operación. La vinculación entre los "inversores" es evidente puesto que las ordenes se canalizan en todos los casos o bien a través del recurrente, Presidente de la sociedad, o bien a través de una sociedad inglesa que carece de autorización para llevar a cabo tales operaciones.

En resumen, se ejecuta un sistema por el cual, con independencia de que la sociedad no realiza actividad alguna, se negocian en Bolsa sus acciones a precios que no resultan de la voluntad de vendedor y comprador, sino a una estrategia para dar apariencia de cotización al valor.

Los argumentos según los cuales los accionistas no están vinculados entre ellos, no pueden prosperar por cuanto los mismos compran y venden de igual manera sistemáticamente en cuanto al número de títulos, su precio y la persona que canaliza sus órdenes, abonados mediante cheques de un pequeño número de cuentas corrientes y con numeración correlativa, lo que no queda justificado por tratarse de cheques bancarios como alega la recurrente, dadas las circunstancias descritas en la resolución impugnada y obrantes en el expediente en que tenía lugar la expedición de los mismos. Sostiene el actor que *"la reiteración de intermediario o de conjunción de postura compradora y vendedora no interfiere indebidamente en la formación libre de los cambios en el mercado ni es motivo de irregularidad alguna"*, argumento que no puede prosperar dadas las características descritas de la contratación de este concreto valor, de una sociedad sin actividad alguna y en un periodo de tiempo como el relevante, con tres partes dentro del mismo en que igualmente se concretan actuaciones de compra y venta a determinados precios y en determinadas cantidades.

Es decir: queda acreditado a juicio de esta Sala que el precio del valor correspondiente no se formó en el periodo relevante libremente por la concurrencia de oferta y demanda en las Bolsas de Valencia y Barcelona.

CUARTO.- Dicen los recurrentes en su demanda que no existe precepto legal alguno que establezca la responsabilidad de los Consejeros por el mero hecho de ostentar esta condición, y ello es cierto, pero también lo es que nuestro ordenamiento impone a los administradores de las sociedades unos especiales deberes de diligencia y vigilancia de la marcha social, y sanciona su incumplimiento.

Con carácter general, el artículo 127 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, aprobado por RD Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, obliga a los administradores a desempeñar su cargo *"con diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal."* Y el artículo 133 del mismo texto legal declara responsables a los administradores frente a la sociedad, frente a los accionistas y frente a terceros 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."*

En el ámbito del derecho administrativo sancionador, el artículo 15 de la ley 26/1988, de 30 de julio sobre disciplina e intervención de entidades de crédito, que es aplicable a este caso por disposición expresa del artículo 98 de la ley 24/1988, de 28 de julio, sobre regulación del Mercado de Valores, indica que quienes ejerzan en la entidad de crédito (o en el presente caso, en sociedades que intervienen en mercados de valores) cargos de administración o dirección *"...será responsable de las infracciones muy graves o graves, cuando estas sean imputables a su conducta dolosa o negligente"*, y añade el segundo apartado del mismo precepto que *"...serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados..."*, salvo en los dos casos que cita en sus letras a) y b), que no son de aplicación en este recurso, el primero, porque evidentemente en ningún Consejo de Administración de C. S.A. se decidió de modo expreso cometer las infracciones que sancionó la CNMV, y el segundo, porque las infracciones no son exclusivamente imputables a una persona concreta, sino también es determinante en su comisión la conducta omisiva de los recurrentes, como luego veremos.

El Tribunal Supremo, en la interpretación de este artículo 15 de la ley 26/1999 ha dicho, en su sentencia de 7 de abril de 1999 (RJ 1999\3066), que los componentes del supremo órgano gestor de una sociedad no pueden alegar ignorancia en el cumplimiento de obligaciones que les vienen impuestas legalmente, 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.

QUINTO.- En este caso, los demandantes asumen su condición de vocales precisamente a partir del cambio accionario que se produce en febrero y marzo de 1994. Don M.B. es nombrado vocal del Consejo de Administración de C.S.A. el 14 de marzo de 1994, y a partir del 30 de junio de ese año pasó a desempeñar el cargo de Consejero Delegado, mientras que Don F.G. es nombrado vocal del Consejo de Administración el 30 de junio de 1995.

Las acciones de C.S.A. cotizaban en la Bolsa de Valencia desde 1989, pero la sesión del Consejo de Administración de 30 de junio de 1995, acordó por unanimidad solicitar la admisión a cotización oficial de las acciones de C.S.A. en la Bolsa de Barcelona. El 10 de octubre de ese mismo se inició la cotización en la Bolsa indicada.

Es en esas fechas, a partir del 29 de junio de 1995 y hasta el 23 de diciembre de 1996, cuando se llevan a cabo las operaciones encaminadas a fijar un determinado precio de

mercado de las acciones de C.S.A., creando la apariencia de una cotización artificial en volumen y precio, hechos estos que no discuten ni niegan los recurrentes.

Dada su condición de miembros del Consejo de Administración, no es posible admitir su desconocimiento de la falta de actividad empresarial, pues la sociedad en el período al que se extiende la manipulación sobre el precio de las acciones, no ha desarrollado actividad ni realizado proyecto empresarial alguno, ni tampoco su desconocimiento de la evolución del precio de las acciones de la sociedad que dirigían.

Existe por tanto, una omisión de la diligencia debida (la diligencia de *"un ordenado empresario"*, impuesta por el artículo 127 LSA, ya citado), pues como mínimo los demandantes se desentendieron de la marcha de la sociedad, en lugar de adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, que en este caso imponían, como señala el Abogado del Estado, al menos, esclarecer si las actuaciones societarias eran conformes con el ordenamiento jurídico.

SEXTO.- Existe una cuestión no alegada por los recurrentes, pero que la Sala ha examinado en la sentencia de 5 de julio de 2002, que por razones de coherencia debemos tratar también.

Decíamos en esa sentencia que tras la reforma operada en la ley 24/1988 por la ley 37/1998, de 16 de noviembre, constituye infracción muy grave *"El desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el Mercado de Valores cuando produzcan una alteración significativa de la cotización y generen daños considerables a los inversores."*

La comparación con el tipo anterior, el recogido por la Ley en 1998, según el cual constituye una infracción muy grave *"el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores"* debe realizarse teniendo en cuenta la sistemática de la L.M.V. en la nueva redacción, dado que, por otra parte, se redacta el art. 100 letra w), que considera falta grave *"...el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el Mercado de Valores cuando no tenga la consideración de infracción muy grave"*.

Por tanto, tras la reforma operada por la ley 37/1998 en la ley 24/1988, reguladora del Mercado de Valores, son elementos del tipo de la falta muy grave que las prácticas de falseamiento de la libre formación de precios alteren de forma significativa la cotización y generen daños considerables a los inversores. En caso de que no concurren estos dos últimos requisitos (alteración de la cotización y daños a los inversores), estaremos, en todo caso, ante una falta grave.

Teniendo en cuenta que los principios del derecho penal son aplicables, con matizaciones, al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, y que en los dos ordenamientos son de aplicación los principios de legalidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, etc. es de tener en cuenta que si bien la conducta litigiosa no ha sido destipificada y era ilícita antes y después de producirse los hechos, si resulta del nuevo texto que para que la infracción sea *"muy grave"*

deben concurrir unos elementos de agravación, la alteración significativa de la cotización y la causación de daños a los inversores que antes no formaban parte del tipo. Al tiempo, aparece sancionado como *"infracción grave"* *"el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación en los precios en el mercado de valores cuando no tenga la consideración de infracción muy grave"*, por lo que la consecuencia de la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable ha de ser la de sancionar la infracción como infracción grave, con imposición de la sanción que corresponda según lo previsto en el precepto correspondiente.

SÉPTIMO.- Respecto de la cuantía de la multa, y siguiendo el criterio de lo indicado en nuestra sentencia tan repetida de 5 de julio de 2002, a la vista de que no concurre ninguna circunstancia modificativa de la responsabilidad que justifique la imposición de la sanción en su grado máximo y de que la ley 24/1988, en su redacción dada por la ley 3/1994, de 14 de abril, que era la vigente en el momento de los hechos, prevé para las infracciones graves la sanción de multa de hasta 25 millones de pesetas, se considera que procede prudencialmente la multa de cinco millones de pesetas, y concretamente su equivalente en euros, es decir 30.050,61 euros.

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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don. M.B. y Don F.G. contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de octubre de 1998, confirmamos dicho acto impugnado por ser conforme a derecho, salvo en los extremos relativos a la tipificación de la infracción, que calificamos de infracción grave y a la cuantía de la multas impuestas, que establecemos en 30.050,61 € (5 millones de pesetas) a cada uno de los recurrentes.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, indicando si es o no firme y, en su caso, los recursos que procedan, órgano ante el que deben interponerse y plazo para ello.

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.