

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE JUNIO DE 2004

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 78/01
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 13 de julio de 2000, confirmada en alzada por Orden del Ministerio de Economía de 1 de marzo de 2001
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cuatro de junio de dos mil cuatro.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 78/01 que ante esta Sala de los contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don E.C.F. en nombre y presentación de "G. D., A.V., S.A.", Don. J.M.R.S. y Don A.R.C.F., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 13 de julio 2000 y la Orden dictada por el Ministerio de Economía el 1 marzo de 2001, en materia relativa a Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía máxima de cinco millones de pesetas (30.050,51 euros). Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de la CNMV de referencia mediante escrito de fecha 16-II-01. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los anuncios prevenidos por la Ley. Igualmente impugnó la Orden del Ministro de Economía, dictada primero por silencio administrativo y más tarde de modo expreso.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia anulando las resoluciones impugnadas, y subsidiariamente, las anule en cuanto imponen sanciones a los Sres. R.S. y C.F.

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

CUARTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 2 de junio de 2.004, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo:

1º. La resolución dictada el día 13-VII-00 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la que se resuelve el expediente sancionador seguido a "G. D., A.V., S.A." y entre otros a Don J.M.R.S. y Don A.R.C.F. por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra b) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por la falta de

remisión en plazo y de forma adecuada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información y documentación por ella requiera, y por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c) del mismo artículo 100 de la citada Ley 24/88 imponiendo sanciones, respectivamente: a la Sociedad por la primera infracción cinco millones de pesetas y por la segunda, dos millones de pesetas; a los administradores citados, por la primera una sanción de dos millones de pesetas y otra de un millón de pesetas por la segunda.

2º. La resolución dictada el 1-III-01 desestima el recurso de alzada interpuesto por los sancionados contra la citada resolución de la CNMV.

SEGUNDO.- Se declaran probados y se aceptan como tales los contenidos en el apartado de hechos probados de la Resolución impugnada, que pueden resumirse como sigue:

1º La CNMV entre los días 15 de octubre y 19 de noviembre de 1.997 realizó una visita de inspección a "G. D., A.V., S.A.", poniendo de manifiesto el elevado número de operaciones intra-day, consistentes en la contratación sistemática de compras y ventas sucesivas sobre los mismos valores en el día y por importe muy superior al patrimonio entregado en gestión.

2º El 17-XII-97 la CNMV le remite a "G. D., A.V., S.A." un escrito describiendo los hechos de la visita de inspección. La sociedad, contesta con otro escrito poniendo en conocimiento del Supervisor la adopción de medidas al respecto. Finalmente el 4-III-98 la División de Supervisión de la CNMV requirió a "G. D., A.V., S.A." para que limite de inmediato la realización de operaciones de compraventa de valores en el mismo día exclusivamente a aquellas que se encuentren soportadas por los patrimonios que efectivamente les hayan sido entregados por sus clientes para su gestión.

3º EL 9-XII-98 se inicia una nueva visita de inspección en relación con la anterior, revisando las cuestiones puestas entonces de manifiesto.

4º El 6 de abril de 1.999 el Consejo de la CNMV acuerda incoar expediente sancionador a "G. D., A.V., S.A.", su Consejero Delegado y su Director General por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra t) del art. 99 de la ley 24/88 por la obstrucción a la actuación inspectora en el desarrollo de la visita de inspección iniciada en diciembre de 1.998.

5º El 16 de abril siguiente el propio Consejo de la CNMV acuerda ampliar el expediente por otros cargos:

a) La comisión de una infracción muy grave del art. 99 letra l) en relación con la letra h) del num. 1 del artículo 70 de la ley 24/88 por la inobservancia de la obligación de tomar las medidas adecuadas en relación con los valores y fondos que les han confiado los clientes, para proteger sus derecho y evitar una utilización indebida de aquellos.

b) La comisión de una infracción muy grave del art. 99 letra e) de la Ley 24/88 por carecer de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales de tal manera que impiden conocer la situación financiera y patrimonial de la entidad.

6º En la visita de inspección que la Unidad de Vigilancia lleva a cabo entre el 11 de noviembre y el 17 de diciembre de 1.999, la sociedad asume diversos compromisos.

7º El 12-I-2000 el Consejo de la CNMV amplía el plazo máximo para tramitar y resolver el procedimiento administrativo sancionador y los plazos parciales de cada uno de los trámites de este por el tiempo máximo permitido.

8º El día 3 y el día 17 de abril la Unidad de Vigilancia comprueba el cumplimiento de los compromisos adoptados por "G. D., A.V., S.A." en las visitas que tuvieron lugar entre el 11 de noviembre y 17 de diciembre de 1999.

TERCERO.- El primer motivo de impugnación alegado por la parte actora se fundamenta en que la resolución sancionadora es nula por infracción de las normas que regulan el procedimiento administrativo, la Ley 30/92 específicamente y el reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, así como el R.D. 2119/93, de 3 de diciembre, relativo al procedimiento sancionador aplicable a los mercados financieros, y ello al considerar que lo que se inició y tramitó como una "investigación de carácter rutinario" no notificada por los instructores a los imputados dentro del expediente administrativo sancionador, con actuaciones no realizadas ni por los inspectores ni por orden de los instructores, se incluye en el expediente sancionador. Así se ha incorporado lo que no formaba parte del mismo, sin respeto a las exigencias de la Ley para su tramitación.

Como razona el defensor de la Administración los vicios de procedimiento son invalidantes en el marco de un procedimiento sancionador cuando producen indefensión. El Tribunal Supremo en las sentencias de 30 de mayo, 23 de junio y 7 de julio de 2003 ha establecido que: *" En este orden de ideas, no ha de olvidarse: Que los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, y que esta regla, de relativización de los vicios de forma, que no determinan per se la anulabilidad, sino sólo cuando al vicio se anuda alguna de esas consecuencias... En otras palabras, los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material, que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir una limitación en los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses. Limitación que, por lo expuesto, no cabe apreciar en el supuesto enjuiciado".*

Como recuerdan ambas partes, el 6-IV-99 se incoa expediente sancionador que sé amplía el 16 siguiente, y el día 19 se acuerda la incorporación de documentación. El 3 de junio 1.999 se formula pliego de cargos, el 25 de junio se formula el pliego de descargos y el 7 de julio (todas estas fechas de 1.999) se abre el periodo de prueba. En el momento inmediatamente posterior, la Unidad de Supervisión (encargada de tramitar el

expediente) encarga a técnicos de la Unidad de Vigilancia de Mercados una comprobación, con conocimiento e intervención de los recurrentes, y con la formulación de un informe que se incorpora como documento al expediente, entregándose con el resto del mismo a los expedientados, para la formulación de alegaciones.

En consecuencia entiende esta Sala que las actuaciones denunciadas: 1º se incorporaron, si no formalmente, si de hecho como una prueba más de las recogidas en el curso de la instrucción del expediente sancionador; 2º fueron practicadas con participación del interesado, a quién se le dio audiencia y frente al que pudo formular alegaciones.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

CUARTO.- En segundo lugar se alega la caducidad del expediente sancionador. La ampliación del plazo de tramitación fue conforme a derecho, por aplicación de los dispuesto en el art. 2 del R.D. 2219/93, y a la vista de las circunstancias concurrentes en el expediente en cuestión, no ofrece dudas a este Tribunal que las razones puestas de manifiesto por la Administración para justificar la ampliación concurren y proporcionan un fundamento suficiente. En todo caso, admitida la incorporación de las actividades llevadas a cabo por la Unidad de Vigilancia de Mercados de la CNMV no se han superado los plazos previstos en la ley debiendo recordarse a tales efectos la doctrina del Tribunal Supremo:

“No ofrece la menor duda a esta Sala que la aplicación del artículo 43.4 de la Ley 30/1992 estaba condicionada al desarrollo de las normas específicas de cada procedimiento. Así hay que inducirlo, en primer lugar, de este propio precepto, que subordina la caducidad al transcurso del plazo de treinta días siguiente al vencimiento del plazo en que debió ser dictada, es decir, al plazo previsto para cada procedimiento por su propia normativa reguladora, que será más o menos extenso en función de la complejidad que comporte su instrucción. En segundo lugar, tal conclusión se extrae igualmente de la Disposición Adicional 3ª que fija el plazo de 18 meses para adecuar a la Ley las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos.”

Pues bien, en el caso de infracciones en el mercado de valores, tal norma es el Real Decreto 2.119/1993, de 3 de Diciembre, sobre Procedimientos Sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados financieros, en cuyo preámbulo se expresa que *“el que la infracciones se cometan por entidades financieras o supongan vulneraciones de las reglas que rigen el normal funcionamiento de los mercados financieros implica que la función instructora revestirá normalmente un alto grado de complejidad”*, señalándose en su artículo 2º *“el plazo de un año a contar desde el acuerdo de incoación para tramitar y resolver el expediente...”*[...] la constante jurisprudencia sobre el citado artículo 49 [de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958], que podemos resumir en el contenido de la Sentencia dictada el 7 de diciembre de 1998, en la que se decía que *“es reiterada la jurisprudencia de la Sala que niega el carácter de plazo de caducidad al señalado en la Ley para la duración del expediente disciplinado; de modo que, aunque en efecto ese plazo se haya rebasado con notoriedad en este caso, la irregularidad alegada no puede ser por sí sola causante de la nulidad del acuerdo final sancionador por supuesta caducidad del expediente, pues como ya hemos dicho en nuestras sentencias de 9 de julio de 1993 y 14 de julio y 28 de septiembre de este año 1995 -la inactividad de la Administración no produce caducidad del*

expediente, dando lugar únicamente a la posible responsabilidad disciplinaria del funcionario causante de la demora –artículo 49 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, aplicable por razón del tiempo a los hechos”- (Sentencia de 30 de noviembre de 1995, a cuya cita puede añadirse la de 21 de mayo de 1996 y 17 de enero y 7 de febrero de 1997)”.

[...] En efecto, en sentencia de 17 de octubre de 1991, el Tribunal Supremo indicaba << que en el sistema general de la Ley de Procedimiento Administrativo la caducidad opera únicamente cuando la paralización del expediente se produce precisamente por causa imputable al administrado, lo que remite a los procedimientos iniciados a instancia de persona interesada.

Ciertamente la doctrina ha sugerido la conveniencia de introducir la figura de la caducidad en los procedimientos incoados de oficio –especialmente en los sancionadores- en los que la inactividad de la Administración daría lugar a dicha caducidad. Pero este criterio doctrinal, que ha sido adoptado por nuestro ordenamiento jurídico en algún campo concreto –así, artículo 18 del Real Decreto 1945/1983, de 22 de junio, al que prestó a posteriori cobertura la disposición final segunda de la Ley General 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios- y que aparece recogido en un reciente proyecto de la Ley de Régimen Jurídico, Procedimiento Administrativo Común y Sistemas de Responsabilidad de las Administraciones Públicas, no es el que inspira hoy el sistema de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo.

Esta, en su artículo 99, vincula el efecto extintivo propio de la caducidad precisamente a la paralización derivada de una causa imputable al administrado, de suerte que la inactividad de la Administración no puede provocar la caducidad aunque dé lugar a otras consecuencias –responsabilidad, silencio administrativo->>”. (S.T.S. 6-X-03 con cita de otras del Alto Tribunal).

QUINTO.- La motivación de los actos administrativos constituye una garantía fundamenta para el administrado, al suministrarle la posibilidad de impugnar el acto, criticando las razones y bases en que se funda, y permitiendo el control jurisdiccional de la Administración --artículo 106.1 de la Constitución--, que puede así verificarse en toda su amplitud, con conocimiento de todos los datos necesarios para ello.

La falta de motivación suficiente lleva al administrado a la ignorancia de la causa o razón de la actuación administrativa, con la consiguiente indefensión del interesado, proscrita expresamente en el artículo 24 del texto constitucional. En este supuesto, el acto administrativo está motivado: en el hecho probado quinto del mismo y a lo largo de seis pagina se explica suficientemente por qué se ha considerado probada la infracción del art. 100 letra b). Igualmente, respecto de la infracción tipificada en la letra c) del mismo artículo, se recoge un razonamiento suficiente en el fundamento jurídico sexto en relación con el hecho probado sexto.

En cuanto a los hechos, de la totalidad del expediente administrativo resulta que se ha acreditado como la empresa sancionada incumplió reiteradamente sus obligaciones en el marco de lo previsto en el art. 100 letra b) de la Ley 24/88, obligaciones que resultan meridianamente claras de la lectura de la Ley del Mercado de Valores (art. 85 en relación con el 84) y del Real Decreto 629/93. Igualmente, en relación con la infracción tipificada

en el art. 100 letra c) los elementos alegados en descargo han sido razonablemente valorados por la CNMV al tenerlos en cuenta no como eximentes de la responsabilidad administrativa de los expedientados luego sancionados, sino como circunstancias que justifican que la infracción se tipifique como grave y no como muy grave.

Finalmente, en relación con la falta de responsabilidad de los administradores sancionados, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala, así sentencias de 1, 15, 18 y 29 de marzo, 17 de mayo y 21 de octubre, todas de 1999 y dictadas en recursos contra sanciones impuestas por la C.N.M.V. que, 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.

El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas impone a los administradores el desempeño de su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante legal, el artículo 133 regula su responsabilidad por la gestión social, desde la perspectiva intra societaria, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores y el artículo 89 desde la perspectiva extra societaria, respondiendo a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. La misma LSA., al regular las cuentas anuales, en su artículo 172, que comprenderán el Balance, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y la Memoria, indica que dichos documentos deberán ser redactados con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la sociedad. Resulta, en definitiva, que por las citadas disposiciones de la LSA., 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 a su objeto social, ya controlando el estado de las cuentas, y en general, cumpliendo con sus obligaciones legales, que exceden de la pasiva asistencia a las sesiones del Consejo de Administración.

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.

Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa por la que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de

culpa, pues los recurrentes, al no desplegar la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, causaron –con concurrencia de las actividades positivas de otros- los hechos constitutivos de las infracciones, siendo en consecuencia responsables de las mismas.

En todo caso, como señala el Abogado del Estado al contestar a la demanda, el art. 106 de la Ley del Mercado de Valores ha previsto la posibilidad de imponer sanciones a los administradores que ejerciendo cargo de administración o dirección en la sociedad, sean responsables de la infracción de conformidad con lo dispuesto en el Art. 15 de la Ley 26/88.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEXTO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139 Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

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

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por “G. D., A.V., S.A.”, Don. J.M.R.S. y Don. A.R.C.F. contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dictada el 13 de julio de 2000 y la Orden dictada por Ministerio de Economía el 1 de marzo de 2001 descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, las cuales confirmamos por ser conformes 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 esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.