

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JULIO DE 2001

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 264/99
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto impugnado: Resolución del Consejo de Ministros de 23 de abril de 1999
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a cinco de Julio de dos mil uno.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, los recursos contencioso-administrativos acumulados números 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271 y 273/1999 interpuestos, respectivamente, por Don J.M.P.A., Don N.J.S.B.O., Don S.J.P.P., Don E.R.S.L., "A. AV., S.A.", Doña M.P.B.F., Don J.L.Z.P., Don J.J.C.B. y Don E.C.G., representados por el Procurador Don F.G.R. y el Sr. Z. por el Procurador Don C.R.L., contra la resolución del Consejo de Ministros de 23 de abril de 1999 recaída en expediente sancionador; es parte recurrida la Administración del Estado, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don J.M.P.A., Don E.R.S.L., "A., A.V., S.A." Doña M.P.B.F., Don J.L.Z.P., Don J.J.C.B., Don E.C.G., Don N.J.S.B.O. y Don S.J.P.P., interpusieron ante esta Sala, con fecha 15 de julio de 1999, los recursos contencioso-administrativos números 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271 y 273 de 1999 contra la resolución del Consejo de Ministros de 23 de abril de 1999 recaída en el expediente sancionador incoado a "A. A.V., S.A." y a los miembros de su Consejo de Administración, por la que se acordó imponer las siguientes sanciones:

- A "A., A.V., S.A.", por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra l) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, consistente en haber incumplido el compromiso de contar, efectivamente y en todo momento, con una organización y unos medios personales y materiales técnicamente adecuados al carácter y volumen de su actividad como agencia de valores, la sanción de revocación de la autorización como agencia de valores.

- A Don E.C.G., por la misma infracción, la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquiera otra entidad financiera de la misma naturaleza en el plazo de diez años.

- A Don E.R.S.L., Doña. P.B.F., Don J.J.C.B., Don J.M.P.A., Don S.J.P.P., Don N.J.S.B.O. y Don J.L.Z.P., por la misma infracción, la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un plazo de ocho años.

- Por último, declaró la no existencia de responsabilidad de Don G.M.L., Don J.B.I. y Don S.V.C. en relación con la misma conducta.

Dichos recursos fueron acumulados por autos de esta Sala de fecha 12 de enero y 23 de marzo de 2000.

SEGUNDO.- En sus escritos de demanda, de 11 de noviembre de 1999, 21 de febrero y 17 de mayo de 2000, los actores alegaron los hechos y fundamentos de derecho que consideraron oportunos y suplicaron se dictase sentencia *"en virtud de la cual se revoque y deje sin efecto, declarándola nula, y subsidiariamente no ajustada a derecho, la Resolución de 23 de abril de 1999, dictada por el Consejo de Ministros"*.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a las demandas por sendos escritos de 6 de marzo y 12 de junio de 2000, en los que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia *"desestimando el presente recurso contencioso-administrativo y declarando que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 23 de abril de 1.999 impugnado en el mismo es plenamente ajustado a Derecho, confirmándolo en todos sus extremos."*

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, por providencia de 27 de marzo de 2001 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez- Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 27 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Mediante los presentes recursos acumulados, la sociedad anónima "A., A.V." y ocho de los miembros de su Consejo de Administración impugnan ante esta Sala el Acuerdo del Consejo de Ministros antes reseñado (antecedente de hecho número uno) por el que se impuso a aquélla la sanción de revocación de la autorización como agencia de valores y a éstos la sanción de separación del cargo y la inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquiera otra entidad financiera de la misma naturaleza en el plazo de diez años (Sr. C.) u ocho años (el resto de vocales).

Las anteriores sanciones fueron impuestas por estimar el Consejo de Ministros que los expedientados habían cometido una infracción muy grave tipificada en la letra l) del artículo 99, en relación con el artículo 66 letra j), ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, consistente en haber incumplido el compromiso de contar, efectivamente y en todo momento, con una organización y unos medios personales y materiales técnicamente adecuados al carácter y volumen de su actividad como agencia de valores.

SEGUNDO.- Según se desprende del expediente administrativo, la Comisión Nacional del Mercado de Valores inspeccionó los estados financieros de la sociedad correspondientes al mes de septiembre de 1997, en el curso de cuya inspección ésta no pudo proporcionar con la rapidez debida determinados datos, documentos e informaciones solicitadas, como eran

los relativos a la cartera agregada de clientes, la tesorería de la agencia con sus intermediarios financieros, la red comercial, las cuentas transitorias, los certificados de depósito emitidos por los depositarios y los justificantes de algunas operaciones de inversión. La recurrente llegó incluso a desatender requerimientos de la Comisión Nacional de Mercado de Valores en este sentido.

La inspección puso igualmente de manifiesto que la actividad principal desarrollada por A. consistía en la gestión de carteras de clientes, por cuenta de los cuales la agencia adquiría activos financieros internacionales. En el año 1997 se constató un notable incremento tanto en el número de clientes como en el volumen del patrimonio gestionado en comparación con el año inmediatamente anterior, crecimiento sin duda relacionado con la puesta en marcha de una política comercial apoyada en folletos publicitarios en los que se aconsejaban y ofrecían una serie de inversiones en valores de renta fija extranjeros de alta rentabilidad (entre el 9% y el 11 %), muy por encima de la ofrecida por la renta fija española.

Se comprobó asimismo que esta acentuada expansión comercial no había ido acompañada de un crecimiento paralelo en la dotación de personal y medios para sus departamentos de control y administración.

Tras la incoación del expediente y la adopción de una serie de medidas cautelares por parte de la CNMV cuando se conocieron determinados hechos que demostraban la falta de solvencia de algunas de las inversiones financieras realizadas (respecto de los cuales A. presentó una querrela por estafa y apropiación indebida contra otra entidad financiera, no admitida por el Juzgado Central de Instrucción número seis al considerar que los propios administradores de A. podrían ser "imputados como partícipes en los hechos"), la empresa actora presentó suspensión de pagos ante el Juzgado de primera instancia número dos de Zaragoza, que la admitió por providencia de 25 de febrero de 1998.

TERCERO.- Las demandas acumuladas coinciden, básicamente, en su planteamiento. En primer lugar afirman que, una vez revocada la autorización de A. como agencia de valores por Orden Ministerial de 13 de noviembre de 1998, esto es, cinco meses antes del acuerdo sancionador ahora recurrido, este último resulta ya un acto "de contenido imposible" y, por ello, viciado de nulidad.

Sostienen los demandantes, en segundo lugar, que no es posible sancionarles con base en una responsabilidad meramente objetiva, pues los principios de derecho sancionador exigen que concurra la culpabilidad de los autores, inexistente en este caso pues, frente a lo expresado en la resolución impugnada, su conducta no puede ser tachada de negligente.

Finalmente, afirman que tomaron determinadas medidas en orden a la contratación de recursos materiales y personales, así como en relación con la organización interna de la empresa, medidas que demuestran que no hubo "*insuficiencia de medios*", noción ésta, por lo demás, carente en aquellos momentos de la debida concreción normativa.

CUARTO.- Ninguno de estos argumentos puede ser aceptado. Al primero de ellos, que sólo afectaría a la sociedad en cuanto tal y no a sus administradores, responde con todo acierto el Abogado del Estado distinguiendo entre la revocación consecutiva a la suspensión de pagos (que puede ser levantada a la par que ésta) y la definitivamente decretada como sanción, que es la ahora debatida.

La Orden Ministerial a la que se refieren los actores se limitó a impedir la continuidad de las actividades de la agencia de valores precisamente por haber incurrido en suspensión de pagos. Esta revocación cautelar de la preceptiva autorización administrativa para operar en el mercado es independiente y compatible con la ulterior sanción del mismo género, dictada ya de modo definitivo, si se demuestra que la sociedad ha incurrido en prácticas o conductas reprobables que, a tenor de la Ley, merecen semejante respuesta por parte de los poderes públicos. La primera (artículo 67 letra, c, de la Ley 24/1988) no implica la disolución forzosa de la entidad, efecto automático que sí conlleva la segunda.

QUINTO.- En cuanto al supuesto carácter "*objetivo*" de la responsabilidad apreciada, hemos de recordar que la calificación jurídica de los hechos imputados implica que se ha apreciado en la conducta de los sancionados al menos un componente de negligencia, característico de la noción misma de culpabilidad.

En efecto, la obligación de que las entidades financieras cuenten, efectivamente y en todo momento, con una organización y unos medios personales y materiales técnicamente adecuados al carácter y volumen de su actividad viene dispuesta en el artículo 66 de la Ley del Mercado de Valores y su incumplimiento está tipificado como infracción muy grave en la letra l) del artículo 99 del mismo texto legal.

Si, pese a estas claras prevenciones, los administradores de una agencia de valores prefieren -aun cuando sea por descuido- no dotarla de tales medios, poniendo así en riesgo la protección de los inversores y la viabilidad y el buen funcionamiento de la entidad, su conducta bien puede ser calificada, como aquí lo fue, cuando menos de negligente. Negligencia que, por lo demás, en el caso de autos, se mantuvo pese a las advertencias que en este sentido habían sido hechas dentro del propio consejo de administración, como ulteriormente expondremos.

Hemos de traer nuevamente a colación consideraciones reiteradas en recursos análogos sobre el especial deber de cuidado exigible de aquellas personas que administran fondos ajenos en los mercados de valores. La posición activa, en unos casos, y omisiva, en otros, de los vocales del consejo de administración, respecto de hechos como los aquí descritos, reveladores de una insuficiencia acentuada de medios materiales para gestionar de modo correcto la entidad, ponen de manifiesto, en principio, su culpabilidad a título de culpa. Los componentes del órgano gestor de una entidad que opera en el mercado de valores no pueden desconocer, o alegar ignorancia en el cumplimiento de las obligaciones que les vienen impuestas legalmente, máxime si se tienen presentes los especiales requisitos de experiencia y conocimiento profesional que deben poseer, 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 organizativa.

Que la obligación de contar con unos medios suficientes, debidamente organizados y controlados, fue de hecho incumplida por la sociedad recurrente -esto es, por los componentes de su consejo de administración- es cuestión que analizaremos en los fundamentos jurídicos siguientes.

SEXTO.- Previamente debemos salir al paso de las afirmaciones de la demanda sobre la "indeterminación" de este deber que, a juicio de los recurrentes, no estaba suficientemente concretado en la normativa aplicable al momento de los hechos.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores ya puso de manifiesto a los expedientados que el artículo 3 del Código General de Conducta de los Mercados de Valores, incluido como Anexo en el Real Decreto 629/1993, de 3 de mayo, de aplicación obligatoria a las entidades habilitadas para actuar en aquellos mercados, disponía que éstas deben organizar y controlar sus medios de forma responsable, adoptando las medidas necesarias y empleando los recursos adecuados para realizar eficientemente su actividad. Entre estas medidas se encuentran las de establecer los procedimientos administrativos y contables necesarios para el adecuado control de las actividades que pretendan desarrollar y de sus riesgos, rechazar la realización de operaciones si no disponen de los recursos y medios para realizarlos adecuadamente y "*ajustar su expansión comercial [...] a la existencia de los medios organizativos necesarios.*"

Lógicamente, la concreción *a priori* de estos medios no es posible, pues dependerá de las circunstancias que concurran en cada caso, debiendo ser los administradores precisamente quienes, guiados por consideraciones de prudencia, provean los medios suficientes para realizar la actividad de intermediación. Como acertadamente afirmaba la CNMV, lo que no cabe es acometer proyectos aventurados de expansión comercial incrementando el volumen de operaciones para, después, dotarse de medios que aminoren las consecuencias desfavorables provocadas por semejante crecimiento desproporcionado.

SÉPTIMO.- A partir de estas premisas, las propias vicisitudes ocurridas durante el procedimiento de supervisión llevado a cabo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores ponen de relieve la incapacidad estructural de la sociedad para gestionar debidamente sus operaciones. El hecho de que después de varios requerimientos cursados al efecto, durante la inspección, en octubre y noviembre de 1997 y en enero de 1998, aquélla no pudiese facilitar la documentación adecuada para conocer su situación real revela por sí solo las deficiencias organizativas.

La lectura de las actas de las sesiones del propio Consejo de Administración durante 1997 revela asimismo que el rápido incremento de número de clientes y volumen de operaciones por cuenta de éstos, inherente a la fuerte expansión comercial llevada a cabo, no había ido precedido de la necesaria dotación de medios materiales y técnicos suficientes para un ejercicio ordenado de las funciones de administración, control y contabilidad de la sociedad.

Pues aquellas actas ponen de relieve cómo se adoptan ciertas medidas -que no siempre se llevan a la práctica- *a posteriori* precisamente para paliar las deficiencias ya producidas a causa de la improvisación con que se había acometido la expansión de la agencia de valores. En su contestación al pliego de cargos la empresa admite que *"el consejo de administración fue consciente de las necesidades impuestas por el rápido crecimiento de la sociedad y tomó abundantes medidas para paliar las deficiencias que este rápido crecimiento podía producir en la organización interna"*. Como acertadamente sostuvo la Comisión Nacional del Mercado de Valores, *"la exigencia de medios suficientes a una entidad para desarrollar eficientemente su actividad tiene carácter previo a que por ésta se afronten expansiones comerciales, incrementos significativos de actividad o proyectos en tal sentido, y no al revés."*

En este mismo sentido son significativas las afirmaciones que uno de los vocales del Consejo de Administración (desde 28 de febrero de 1997 hasta su dimisión en 27 de noviembre de 1997) vierte en su escrito de 15 de diciembre de 1998, que consta a los folios 1919 y siguientes del expediente sancionador. En los nueve meses en que desempeñó este cargo, antes de dimitir por las dificultades encontradas, puso de relieve las deficiencias o organizativas de la empresa que existían a su llegada al Consejo, constatadas en las auditorías de 1995 y 1996, así como las insuficiencias de todo tipo (informáticas, contables, de procedimiento) que persistían en 1997, a las que él mismo trató de poner remedio.

Las consecuencias que pueden extraerse de todo el material probatorio reflejado en el expediente sancionador (los recurrentes no han pedido el recibimiento a prueba en este proceso) es que la apreciación de los hechos llevada a cabo por la Comisión Nacional del Mercado de valores fue correcta, como lo fue la consiguiente imposición de las sanciones por parte del Consejo de Ministros al haber aquéllos incurrido en la infracción por la que fueron sancionados.

OCTAVO.- Procede, en atención a todo lo expuesto, desestimar el recurso. No imponemos las costas a la parte recurrente al no apreciar temeridad o mala fe en su actuación procesal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Desestimar los recursos contencioso-administrativos acumulados números 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271 y 273 de 1999 interpuesto por Don J.M.P.A., Don E.R.S.L., "A., A.V., S.A.", Doña M.P.B.F., Don J.L.Z.P., Don J.J.C.B., Don E.C.G., Don N.J.S.B.O. y Don S.J.P.P., contra la resolución del Consejo de Ministros de 23 de abril de 1999 recaída en el expediente sancionador incoado a "A., A.V., S.A." y a los miembros de su Consejo de Administración, que declaramos conforme a derecho. Sin imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.