

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 10 DE
ABRIL DE 1995**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Recurso nº: 981/93
Ponente: Dª. Berta Santillán Pedrosa
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 11 de noviembre de 1992 confirmada en
alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 19
de abril de 1993
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a 10 de abril de mil novecientos noventa y cinco.

VISTO por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo núm. 981/93, promovido por el Procurador D. G.G.S.M., en nombre y en representación de la entidad "E., S.V.B., S.A." (en la actualidad "C.A., S.A."), contra la resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 11 de noviembre de 1992, confirmada en alzada por resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de abril de 1993, habiendo sido parte en autos la Administración demandada, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoquen los acuerdos recurridos.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó con posterioridad a las partes, para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y verificados quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 28 de marzo de 1995.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada lltma. Sra. Dña. BERTA SANTILLAN PEDROSA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto determinar si la resolución recurrida es o no conforme con el ordenamiento jurídico, interponiéndose el recurso ante este orden jurisdiccional contra la resolución dictada por la Comisión Nacional

del Mercado de Valores de fecha 11 de noviembre de 1992, confirmada en alzada por resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de abril de 1993; dichas resoluciones imponen a la entidad recurrente, "E., SVB." (en la actualidad "C.A., S.A.") la sanción de nueve millones de pesetas por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 100 c) de la ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y ello por el incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y formulación de cuentas.

SEGUNDO.- En la demanda presentada la parte actora solicita la nulidad de la resolución recurrida, alegando que en la realización de los estados financieros no hubo, por su parte, una intención de engaño.

Asimismo, distingue entre responsabilidad institucional y la responsabilidad de los gestores, manifestando, que en el caso de autos, no puede exigirse responsabilidad a la entidad actora, sino, únicamente, a los administradores y directivos de la sociedad, ya que es responsabilidad exclusiva de éstos la formulación de las cuentas que deben ser rendidas y aprobadas por la Junta General de Accionistas.

Finalmente, expresa que la sanción impuesta es improcedente porque la Administración no ha especificado en la resolución sancionadora cuales han sido los criterios que ha tenido en cuenta para su imposición.

TERCERO.- Centrada la cuestión objeto de debate la misma consiste en determinar si la conducta de la entidad actora puede encuadrarse en la infracción tipificada en el artículo 100 c) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En dicho precepto se establece que constituyen infracciones graves de las personas físicas y jurídicas a que se refiere el artículo 95 de esta Ley "el incumplimiento por los miembros de los mercados secundarios oficiales de valores de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas, o sobre el modo en que deben llevarse los libros o registros obligatorios".

En concreto, los hechos por los cuales se sanciona a la entidad actora consisten en la contabilización por "E., SVB, S.A." así como su reflejo en los estados financieros remitidos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del beneficio de 122 millones de pesetas obtenido de la venta de títulos a la filial 100%, "Q., S.A." en contra de lo dispuesto en el párrafo 4º, de la norma 2ª.5 de la Circular 2/1989, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

CUARTO.- Analizando cada una de las alegaciones realizadas por la entidad actora señalar que, manifiesta que en su conducta no puede apreciarse la existencia de engaño.

Con el fin de resolver adecuadamente la anterior alegación es necesario destacar los siguientes hechos:

- a) Entre los meses de octubre a diciembre de 1990 "E., SVB, S.A." compró para su cartera propia varios títulos, siendo el coste de adquisición de 153 millones de pesetas.
- b) Entre los días 21 y 28 de diciembre de 1990 "E., SVB, S.A." vendió esos títulos a la sociedad "Q., S.A.", en ese momento filial suya al 100%, por un precio de venta de 275 millones de pesetas. El precio de esa venta fue sensiblemente superior al precio de mercado de los títulos vendidos, el cual era similar al coste de adquisición de los mismos.
- c) El beneficio obtenido por estas operaciones, 122 millones de pesetas, realizadas entre sociedades del grupo se contabilizó en la cuenta de pérdidas y ganancias de "E., SVB, S.A.", presentado la entidad un resultado de ganancias, al cierre del ejercicio de 1990, de 14 millones de pesetas.
- d) Los estados financieros en los que se recogían estos beneficios intergrupo fueron presentados en modelos públicos ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores con fecha 13 de febrero de 1991. Estos estados públicos también fueron remitidos por "E" a la Sociedad Rectora de la Bolsa, quien los publicó en el Boletín Oficial de la Bolsa. Igualmente los resultados aparecieron en prensa.
- e) Estos beneficios fueron retrotraídos a finales de febrero de 1991 por "E" de sus estados financieros a instancia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, una vez que detectó estos hechos, apareciendo ya en la versión presentada con las rectificaciones oportunas, como si la operación no se hubiese realizado, pasando entonces a tener 108 millones de pérdidas, frente a los 14 millones de beneficio declarados en los inicialmente presentados.

De los hechos anteriormente relatados se observa como la entidad actora con su conducta ha causado engaño tanto al mercado de valores como a los inversionistas, en general, haciendo creer que dicha entidad se encontraba económicamente boyante, al constar en su cuenta de resultados ganancias, cuando, en realidad, lo que existía eran pérdidas, y, además, por una cantidad importante.

Por tanto, en la irregularidad cometida en los estados financieros se aprecia en la actora una voluntad infractora; y ello porque no puede entenderse, de otro modo, la contabilización por "E., SVB, S.A." de 122 millones de pesetas de beneficio, y su reflejo en los estados contables públicos remitidos tanto a la Comisión Nacional del Mercado de Valores como a la Sociedad Rectora de la Bolsa, consecuencia de una venta de valores a una sociedad participada al 100%, instrumental, sin actividad y vinculada al grupo, siendo además, el precio de venta sensiblemente superior al del mercado y en los últimos días del ejercicio de 1990, produciéndose, en consecuencia, una publicidad ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ante el mercado de valores y ante el público en general, de una cuenta de resultados con sustancial beneficio, cuando la realidad era de pérdidas. Todo ello supone un claro incumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 4º, de la norma 2ª.5 de la Circular 2/89 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre normas contables aplicables a las sociedades y agencias de valores, según la cual "no podrán llevarse a la cuenta de resultados los beneficios aparentes obtenidos mediante la venta de activos a personas o entidades vinculadas a la entidad". La referida Circular fue dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores como consecuencia de la habilitación contenida en la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 26 de julio de 1989 y en el artículo 86 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Así, la normativa del mercado de valores no permite llevar a la cuenta de resultados los beneficios aparentes obtenidos mediante la venta de activos a personas o a entidades vinculadas a la entidad.

Por tanto, puede afirmarse que la irregularidad en los estados financieros realizada por la entidad actora sí constituye un incumplimiento de lo tipificado en la norma sancionadora, irregularidad que fue cometida voluntariamente y con intención de engaño, pues solamente fue rectificadas a instancia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores al ser detectada, y no por voluntad propia.

Por otra parte, señalar que aunque efectivamente los estados financieros que se remiten a la Comisión Nacional del Mercado de Valores correspondientes al cierre del ejercicio, se entienden presentados con la provisionalidad que implica su preceptiva aprobación por las Juntas Generales de Accionistas, ello no implica que esos estados no deban cumplir las normas vigentes sobre contabilización de operaciones.

Es decir, la apreciación de la infracción analizada no exige que la irregularidad vaya referida a los estados financieros correspondientes al cierre del ejercicio y aprobados por la Junta General de Accionistas, sino que puede ir referida a cualquier otro estado financiero que las sociedades de valores deban presentar de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores, entre los que se encuentran los estados financieros reservados y públicos que deben remitir mensual y trimestralmente, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a las sociedades rectoras, así como los propios estados financieros de cierre de ejercicio presentados provisionalmente a la espera de su aprobación por la Junta de Accionistas.

QUINTO.- Respecto de la alegación que realiza la parte actora relativa a la improcedencia de la sanción impuesta a la persona jurídica debe tenerse en cuenta lo siguiente.

El Tribunal Constitucional en la sentencia nº 246/1991, de 19 de diciembre, ha reconocido explícitamente la responsabilidad directa de las personas jurídicas y su capacidad infractora en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, lo que no supone, tal y como se dice en el fundamento segundo, la supresión del elemento subjetivo de la culpa en las infracciones cometidas por personas jurídicas, aunque si una modulación en la aplicación del mismo a esta especie de sujetos infractores. La admisión por el Tribunal Constitucional de la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el Derecho administrativo sancionador conlleva necesariamente una diferente interpretación del principio de culpabilidad a como se hace respecto de las personas físicas.

El Tribunal Constitucional alude a ello en los siguientes términos:

“Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de la ficción jurídica a que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad

directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sometida al cumplimiento de dicha norma”.

Ante todo, debe recalcar que para que la conducta realizada por las personas jurídicas sea sancionable se requiere que exista el elemento de la culpabilidad; sin la concurrencia de este elemento no puede exigirse responsabilidad.

Tanto en el Derecho administrativo sancionador sectorial como en la Ley de Régimen Jurídico y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, en su artículo 139.1, se reconoce la capacidad infractora de las personas jurídicas.

Así, en el artículo 15 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito se establece que “quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente”.

En este mismo sentido se pronuncian los artículos 95 y 106 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Lo realmente importante es que esta responsabilidad de las personas físicas y jurídicas no se configura de forma alternativa, sino de forma acumulada; de tal manera que, esta responsabilidad conjunta sólo podrá acordarse cuando, tanto la persona jurídica como la persona física, hayan faltado a sus respectivos deberes. Así, la norma lo que persigue es castigar tanto a la persona jurídica que indebidamente se ha beneficiado con la comisión de la infracción, como a la persona física que incumpliendo con sus deberes de actuación conforme a derecho, la ha adoptado.

Por otra parte, la apreciación de responsabilidad en un miembro de la administración y dirección de la sociedad -como, en el caso de litis, que se sanciona en la misma resolución al vicepresidente ejecutivo de la entidad- no conlleva en absoluto la exoneración de responsabilidad de la entidad, siempre que en la actuación de ambos pueda apreciarse culpabilidad, protegiéndose con ambas sanciones bienes jurídicos distintos. Así, a la empresa se le exige velar por el cumplimiento de las normas, es decir, vigilar la actuación de sus empleados, por lo que a las personas jurídicas se sanciona por el incumplimiento de su deber de control de la actuación de sus empleados.

En el caso de autos, dicha negligencia si puede imputarse a la actora, pues, como consecuencia de su falta de diligencia se ha beneficiado (así queda acreditado en el anterior fundamento jurídico) con la presentación en los estados financieros de ciertas irregularidades contables, y ello, con independencia de que la autora material de las mismas no pudiera ser la persona jurídica.

SEXTO.- En cuanto a la alegación de improcedencia de la sanción por haber causado baja, en el momento de sancionarse, del Registro de Agencias de Valores de la Comisión Nacional

del Mercado de Valores no puede prosperar, pues en el momento de producirse los hechos sí estaba sometida al régimen de supervisión y sanción de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; el hecho de que la entidad haya sido baja en dicho Registro, perdiendo su condición de Agencia de Valores y convirtiéndose en una Sociedad Anónima de régimen ordinario, no afecta a la continuidad de su personalidad jurídica, ni, por tanto, a la procedencia de que sea considerada como sujeto responsable de la infracción.

SEPTIMO.- Finalmente, respecto de la alegación de la improcedencia de la sanción al no especificar la Administración, en la resolución sancionadora, cuales han sido los criterios que ha tenido en cuenta para su imposición debe ser rechazada, asimismo, dicha pretensión. En la resolución recurrida consta que la sanción que se impone a la recurrente es la sanción pecuniaria recogida en el artículo 103 de la Ley 24/88 y que consiste en multa por importe del 2% de los recursos propios de la entidad infractora, imponiéndose en su grado medio al no acreditarse la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes.

En consecuencia, en virtud de las anteriores alegaciones debe desestimarse el recurso contencioso administrativo interpuesto, confirmándose la sanción impuesta.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que debemos desestimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. G.G.S.M., en nombre y en representación de la entidad "E., SVB, S.A." (en la actualidad, "C.A., S.A."), contra la resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 11 de noviembre de 1992, confirmada en alzada por resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de abril de 1993 y en consecuencia, **DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS** la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico, debiendo ser confirmadas.

No se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

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