

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 30 DE JUNIO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 443/04
Ponente: Dª Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de septiembre de 2004 que confirma enalzada Resolución de la CNMV de 11 de febrero de 2004
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta de junio de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don R.A.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. R.S.M., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 1 de septiembre de 2004, siendo la cuantía del presente recurso de 36.060 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Don R.A.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. R.S.M., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 1 de septiembre de 2004, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, se acordó el señalamiento para votación y fallo el día veinte de junio de dos mil seis.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en éstos autos la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de septiembre de 2004, por la que se acuerda confirmar la Resolución de la CNMV de 11 de febrero de 2004 que impone al hoy recurrente, la sanción de multa de treinta y seis mil sesenta euros, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, y que será objeto de análisis a continuación.

SEGUNDO.- Como consecuencia de la imputación a "C.E., S.V., S.A." de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988, consistente en el incumplimiento de las normas de conducta contenidas en el Título VII de la Ley 24/1988, en cuanto no se establecieron medidas de control sobre las actuaciones de los representantes de la entidad, se impuso las correspondientes sanciones a los miembros del Consejo de Administración. En nuestro caso, el recurrente era Consejero Delegado de la entidad, y tal carácter supone la cualidad en base a la que se determina el título de la imputación infractora.

TERCERO.- El artículo 100 t) de la Ley 24/1988 tipifica como infracción administrativa grave *"La infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta Ley, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior"*.

Por su parte el artículo 79 establece: *"1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito y las personas o entidades que actúen en el Mercado de Valores, tanto recibiendo o ejecutando órdenes como asesorando sobre inversiones en valores, deberán atenerse a los siguientes principios y requisitos:... d) Disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del Mercado de Valores les impone"*.

CUARTO.- Reiteradísimas veces esta Sala ha tenido ocasión de examinar el fundamento de la responsabilidad infractora de los miembros del Consejo de Administración de una sociedad, por las infracciones administrativas cometidas por dicha sociedad, partiendo de la idea central en Derecho Administrativo Sancionador de que la forma en que la Administración proceda en el ejercicio de facultades sancionadoras, nunca puede suponer la exigencia de una responsabilidad objetiva por el resultado.

Ciertamente. Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, en la que se afirma que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador. Fuera de toda duda queda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivos de responsabilidad.

Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y, especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.

Tales principios se desprenden de manera clara de la regulación del régimen de las sociedades anónimas:

A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A., impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante

leal; y a efectos del cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Pero además, las normas de aplicación determinan un sistema por el cual los administradores pueden controlar la actuación de la sociedad, consistente en la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; tales documentos habrán de ser firmados por los administradores, expresando la causa, si alguno no lo hiciera –artículo 171 de la repetida Ley-. Por su parte, el artículo 172, dispone que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la sociedad.

De tal conjunto normativo, resulta que los administradores han de hacer todo aquello que una actuación diligente exija, para conocer la situación de la sociedad –teniendo los instrumentos jurídicos al efecto-, y adoptar las medidas encaminadas al buen funcionamiento de la misma, ya sea mediante actuaciones relativas al objeto social, ya solicitando las debidas explicaciones de las actuaciones de otros administradores.

No se olvide que los administradores se colocan en posición de garantes respecto al funcionamiento de la sociedad, de ahí la necesidad de que todos firmen los documentos que reflejan la situación de la misma; medio éste encaminado a asegurar el conocimiento necesario para valorar la gestión realizada. Como consecuencia de ello, la L.S.A., regula la responsabilidad de los administradores por la gestión social desde dos aspectos, el primero intra societario, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores de ésta –artículo 133-, y otro extra societaria, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos y responde de la adecuada gestión, el segundo, responde a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Efectivamente, así lo entendió el legislador –es de suponer que dada la importancia económica del fenómeno societario, que afecta no sólo a intereses individuales, sino también a los colectivos del mercado en el que opera-, cuando expresamente, en el artículo 89 de la Ley, sometió a los administradores, a responsabilidad por las infracciones reguladas en la propia Ley.

B) Desde los principios expuestos, es fácil comprender, que los administradores; quienes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función; son responsables por el resultado de tal gestión, salvo que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley. No quiere ello decir que nos encontremos ante una responsabilidad objetiva en el seno del Derecho Administrativo Sancionador, sino que la imputación que se realiza a los administradores lo es, al menos, a título de culpa, ya que al no desplegar la diligencia necesaria y exigible en el ejercicio de sus funciones, causaron, ya sea en concurrencia con actuaciones positivas de otros, la comisión de la infracción sancionada por la Ley.

Obviamente, el elemento de acción u omisión y culpa o intencionalidad, son elementos que habrán de valorarse en la graduación de la sanción, pero todos ellos integran la infracción administrativa.

Así las cosas, y sentado que los administradores tienen la obligación de actuar en beneficio de la sociedad y de su correcta gestión, adoptando las medidas necesarias a tal fin; cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado –en éste caso la comisión de una infracción administrativa-, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido, y teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado; es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar esos medios, no los utilizó de forma voluntaria. Cuestión distinta es la concurrencia de especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue.

QUINTO.- Desde los principios expuestos hemos de analizar el supuesto de autos. El Texto Legal que hemos citado y los principios en él contenidos son igualmente aplicables al supuesto de autos por tratarse de una Sociedad Anónima, aún sometida a las facultades de supervisión de la CNMV dado el ámbito de actividad económica en el que opera, y siéndole de aplicación la regulación específica contenida en la Ley 24/1988 que regula las especialidades de las sociedades que operan en el sector del mercado de valores.

En primer término alega el recurrente que, aún ostentando el carácter de Consejero Delegado, era un cargo puramente nominal desde que la sociedad, debido a una adquisición de participaciones que suponía un paquete de control, cambió su estructura accionarial y con ella se desplazó el control de la entidad.

Ya en otras ocasiones hemos declarado que no es admisible la argumentación en cuanto que el apoderamiento para el ejercicio de funciones ejecutivas lo era solo de carácter formal, pues las facultades se habían otorgado con los requisitos legales, creaba una apariencia jurídica frente a terceros y el recurrente pudo ejercer efectivamente las facultades de las que disponía o renunciar a ellas, pero quien admite un apoderamiento asume las responsabilidades que le son implícitas.

Efectivamente, admitir que el cargo de Consejero Delegado lo era solo nominal, supone la admisión de una apariencia jurídica que puede inducir a error a terceros que actúen en el ámbito económico que nos ocupa y desconozcan las relaciones internas de las sociedades respecto a las que entran en relaciones económicas. No puede por ello desvincularse el cargo de las funciones propias de él, y de la apariencia que crea. Con ello ha de afirmarse que quien ostenta un determinado cargo en el organigrama de una sociedad, viene obligado por el estatuto jurídico de dicho cargo, así como por la

definición y delimitación legal del mismo, sin que frente a ello puedan prevalecer pactos internos. Y en todo caso, de no encontrarse quien lo desempeña en condiciones reales de asumir las obligaciones normativas inherentes al mismo, puede renunciar a él, no creando con ello una apariencia que puede perjudicar a quienes mantengan relaciones con la entidad en el ámbito de su objeto jurídico.

Partiendo de lo anterior hemos de entrar en el análisis de las argumentaciones concretas esgrimidas en la demanda por el actor.

Se afirma que la Resolución sancionadora es nula en relación al recurrente, porque se ha graduado la sanción atendiendo a un hecho que no fue recogido en el pliego de cargos. Concretamente se hizo referencia a un correo enviado el 15 de febrero de 2003 en el que se informaba al hoy recurrente del reparto de funciones entre los Directores delegados, a fin de imponer la sanción de 36.060 euros, en vez de la propuesta por el instructor de 24.040 euros como a los restantes miembros del Consejo de Administración. Precisamente la imposición de la sanción de multa en una cuantía superior a la impuesta a los restantes miembros del Consejo de Administración se justificó en las mayores responsabilidades y más intensa capacidad de decisión de un Consejero Delegado.

Pues bien, hemos de partir de la distinción entre “hechos” a los que se anuda una determinada consecuencia jurídica, y “pruebas” que constituyen los medios por los que se concluye la concurrencia de un determinado hecho.

En el presente caso no se ha producido un cambio en los hechos contenidos en el pliego de cargos, sino que se ha incorporado y valorado una prueba. Efectivamente, el “hecho” al que ha de anudarse la consecuencia jurídica es el carácter de Consejero Delegado del recurrente, lo que justifica una responsabilidad más intensa en la acción infractora. El correo electrónico es una prueba más, apreciada por el órgano sancionador, tendente a acreditar que el actor era Consejero Delegado. Pero este “hecho” venía ya recogido en fase instructora.

Lo que afirma realmente el órgano sancionador es que otro elemento del que resulta que el Consejero Delegado desempeñaba labores de más intensidad decisoria que las de un miembro del Consejo de Administración en la sociedad, es precisamente lo que revela el correo electrónico, que es ese reparto de funciones –que por otra parte afirma el recurrente que no llegó a producirse-.

No estamos pues ante la introducción de un hecho nuevo, sino ante la aportación de un medio probatorio que viene a confirmar un hecho ya probado cual es el carácter de Consejero Delegado.

Aunque es rigurosamente cierto que todas las pruebas practicadas han de ser sometidas a la contradicción de las partes, no lo es menos, que la indefensión ha de ser material, por tanto un defecto formal para poder invalidar el acto administrativo por este motivo, ha de producir una real indefensión.

No es el caso. El recurrente tanto en vía de recurso como ante esta Sala ha podido contradecir y ha contradicho la prueba en cuestión. Pero es más, de lo dicho anteriormente resulta que la misma no es determinante para anudar al Consejero Delegado las responsabilidades normativamente atribuidas al puesto, ya que, como decíamos, no podemos admitir un nombramiento como Consejero delegado a efectos puramente nominales o formales, porque ello supondría una apariencia de realidad que choca con la seguridad en el tráfico mercantil.

Por tanto el correo electrónico no es prueba relevante para determinar el hecho considerado en la graduación de la sanción. Se ha respectado el contenido de los artículos 138.2 y 135 de la Ley 30/1992.

En cuanto a la justificación de la sanción desde el principio de culpabilidad, solo hemos de añadir a lo anteriormente dicho:

1.- Es evidente que el título por el que se realiza la imputación al recurrente lo es por negligencia, dado el grado en que se ha impuesto la multa. No se atribuye participación directa en los hechos, sino la omisión de la diligencia propia de un Consejero Delegado, para cerciorarse del cumplimiento de las normas de conducta relativas a las medidas de control sobre la actuación de los representantes.

2.- Nada dice el recurrente en orden a justificar su omisión, nada alega sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar el establecimiento de dichas medidas. Por ello, y dado que tales prevenciones son exigidas por la normativa específica de aplicación, era racionalmente exigible de quien ocupa un puesto relevante en la sociedad, el despliegue de una actividad adecuada para comprobar el cumplimiento de la normativa en cuestión.

Por último, y en relación a la proporcionalidad, hemos de tener en cuenta el contenido del artículo 106 de la Ley 24/1988:

“Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sean responsables de la infracción.

- a) Amonestación pública, con publicación en el «Boletín Oficial del Estado».*
- b) Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 2% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas.*
- c) Suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad por plazo no superior a un año”.*

Dado el máximo de la multa a imponer, se ha impuesto en el tramo correspondiente al primer tercio, esto es, en grado mínimo, dado que se ha considerado la imputación por omisión negligente. La relevancia de las medidas de control y seguridad en estas sociedades unido a que la falta de adopción de las mismas introducen un elemento de inseguridad en el ámbito del mercado de valores y pueden perjudicar los intereses de tercero, justifican que se imponga la sanción de multa en vez de amonestación. Y por último, dada la falta de intencionalidad en la conducta omisiva, así como la inexistencia

de perjuicio a tercero, justifica que no proceda la imposición de la sanción de suspensión. Por ello, se ha elegido la sanción intermedia en gravedad, y dentro de ella se ha impuesto en su primer tercio inferior. Se ha aplicado pues con cumplimiento de la proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don R.A.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. R.S.M., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 1 de septiembre de 2004, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.