

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE JULIO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 669/05
Ponente: Doña Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de octubre de 2005 que confirma enalzada Resolución de la CNMV de 29 de junio de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a seis de julio de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don D.G.L. y en su nombre y representación el Procurador Don R.G.P., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso de 10.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Don D.G.L. y en su nombre y representación el Procurador Don R.G.P., 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 18 de octubre de 2005, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la sanción que nos ocupa.

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.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenidos por aportados los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiséis de junio de dos mil siete.

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 JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, por la que se confirma la sanción impuesta al hoy recurrente como consecuencia de una infracción grave prevista en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, por la inobservancia de, las obligaciones previstas en el artículo 83 de la misma Ley al no establecerse en la entidad elementos de

control ni barreras que impidan el flujo interno de información y garantice el funcionamiento autónomo de las distintas áreas.

El recurrente integraba el Consejo de Administración de la entidad "A.P., A.V.,S.A."

SEGUNDO.- Previamente al análisis de la cuestión que se nos somete hemos de recordar el contenido de las normas jurídicas de aplicación.

El artículo 100 t), en la redacción dada por Ley 37/1998 dispone:

"t.. 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 83, en la redacción dada por Ley 44/2002 establece:

"1. Todas las entidades o grupos de entidades que presten servicios de inversión y las demás entidades que actúen o presten servicios de asesoramiento de inversión, en los mercados de valores tienen la obligación de establecer las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada entre sus distintas áreas de actividad, de forma que se garantice que cada una de éstas tome de manera autónoma sus decisiones referentes al ámbito de los mercados de valores y, asimismo, se eviten conflictos de interés.

En particular, estas entidades están obligadas a:

- a. Establecer áreas separadas de actividad dentro de la entidad o del grupo al que pertenezcan, siempre que actúen simultáneamente en varias de ellas. En particular, deberán constituirse en áreas separadas, al menos, cada uno de los departamentos que desarrollen las actividades de gestión de cartera propia, gestión de cartera ajena y análisis.*
- b. Establecer adecuadas barreras de información entre cada área separada y el resto de la organización y entre cada una de las áreas separadas.*
- c. Definir un sistema de decisión sobre inversiones que garantice que éstas se adopten autónomamente dentro del área separada.*
- d. Elaborar y mantener actualizada una lista de valores e instrumentos financieros sobre los que se dispone de información privilegiada y una relación de personas y fechas en que hayan tenido acceso a tal información."*

Resulta del expediente administrativo que efectivamente la entidad carecía de los controles exigidos.

Ahora bien, argumenta el recurrente que no ostentaba funciones ejecutivas algunas ya que el cargo de Consejero Delegado era meramente nominal y no comprendía funciones ejecutivas. Esto es algo reconocido en la propia Resolución de la CNMV, pero lo que está fuera de duda es que el actor era miembro del Consejo de Administración en el momento de producirse los hechos sancionados.

TERCERO.- En cuanto a la culpabilidad del recurrente como miembro del consejo de administración, ya esta Sala en reiteradas ocasiones ha tenido oportunidad de analizar la responsabilidad de los miembros del consejo de administración, por las infracciones cometidas por la entidad.

Articula el recurrente su defensa, sobre la base de la necesaria concurrencia del elemento subjetivo para la imposición de una sanción administrativa. Y así se afirma que la forma en que la Administración procede en el supuesto de autos, parte 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.

Desde tales principios deben ser analizadas las circunstancias concurrentes en autos:

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 hiciere - 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 societario, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos, 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, como parece entender la parte actora, 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.

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 la situación real de la sociedad. Por ello, sólo a su negligencia y dejación de las funciones que le venían encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó directamente a la comisión de las infracciones sancionadas.

CUARTO.- En relación a la graduación de las sanciones hemos de recordar el precepto de aplicación:

El artículo 106 de la Ley 24/1988 en su redacción dada por Ley 37/1998 establece:

“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.”*

Pues bien, en el presente caso se ha impuesto a la actora multa de 10.000 euros lo que supone la gradación en el mínimo de las posibles. Se ha cumplido el principio de proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado, al ser ajustados a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 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 D.G.L. y en su nombre y representación el Procurador Don R.G.P., 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 18 de octubre de 2005, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia

debemos confirmarla y la confirmamos y con ella la sanción impuesta, 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.