

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE MAYO DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 365/99
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 19 de noviembre de 1998
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de Mayo de dos mil dos.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 365/99 que ante esta Sala de los contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Doña M.S.J.M. en nombre y representación de Don L.V.R., Don J.P.V., Don S.Y.C., Don M.V.G.M.F. y Don T.P.M., 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 día 19 de Noviembre de 1998, en materia relativa a Sanción de multa por infracción de la Ley de Sociedades Anónimas, con una cuantía de 1.502,53 euros (250.000 Ptas.) respectivamente. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indica interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 4-III-99 ante la Sala del T.S.J. de Madrid el cual dictó auto declarándose incompetente y acordando remitir las actuaciones a esta sala de la Audiencia Nacional el día 16-II-99. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

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, termino suplicando se dicte sentencia anulando el acto administrativo *“dejando sin efecto las sanciones interpuestas a mis representados, o en su defecto y si considera que la conducta de los administradores expedientados es merecedora de sanción excluya de la misma a los Señores P., G., M-F. ya que no queda acreditado que fueran administradores durante el tiempo en que pudieron haberse transmitido las acciones, que de considerar que todos o algunos de los administradores deben ser sancionados que señale una única sanción (por no transmitir las acciones en el plazo de un año) y no una para cada administrador, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de los administradores responsables, que de considerar que todos o algunos de los administradores deben ser sancionados que se señale dos únicas sanciones (una por adquirir fuera de los límites de la autorización recibida y otra por no vender) y no una ara cada administrador, sin perjuicio de su responsabilidad solidaria de los administradores responsables”.*

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 oportuno, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala acordó recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la parte actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar, respectivamente, lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 16 de Mayo de 2002, 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 la resolución el día 9-XI-98 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en la que se resuelve el expediente sancionador seguido a Don S.V.C., Don T.P.M., Don L.V.R., Don J.P.V. y Don M.G.M.F., por la comisión de dos infracciones del Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de Diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas previstas en el Art. 89.1. En el primer caso al haber adquirido L.A.C. S.A. acciones propias a un precio superior al máximo acordado en Junta General y no haber dotado la pertinente reserva, y el segundo caso al no haber enajenado o amortizado dicha mercantil en el plazo máximo de un año las acciones propias adquiridas en contravención del núm. 1 del Art. 75 del mismo texto legal.

La CNMV impone a dichos administradores sendas sanciones pecuniarias de 250.000 Ptas. por cada una de las dos infracciones, excepto el Sr. P.M. a quién no se declara responsable de la segunda infracción.

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el rigen del presente recurso, que se declaran probados por la resolución impugnada y por esta Sala, son los siguientes:

1º LAC SA fue constituida el 25-XI-94, siendo su objeto social la explotación de líneas aéreas para el transporte de pasajeros y mercancías.

2º En las fecha relevantes formaban su Consejo de Administración Don S.V.C., Don L.V.R., Don J.P.V., Don M.G.M.F. y Don T.P.M., el cual dimitió como consejero en la reunión del Consejo de 27-VI-1996, inscrito su cese en el Registro el día 5-VIII-96.

3º En la Junta de Accionistas de 7-VIII-95 se autoriza al Consejo de Administración para que adquiera acciones propias de la compañía, hasta un máximo del 10% del capital, *"el precio de la adquisición será entre su valor nominal y cinco veces su valor nominal"*, la autorización se concede por un plazo de 18 meses,....

4º Con posterioridad al 29 de Marzo de 1.996, el capital social quedó fijado en 91.518.000 Ptas., dividido en dos series y clases de acciones, todas ellas nominativas: la serie y clase A, que comprende 11.000 acciones ordinarias, con un valor nominal de 5.000 Ptas. cada una de ellas; y la serie y clase B, que comprende 36.518 acciones privilegiadas, con un valor nominal de 1.000 Ptas. y una prima de emisión de 5.000 Ptas. cada una.

5º En base a la autorización concedida por la Junta General el 7 de Agosto de 1995, se procedió a adquirir de dos accionistas (Don F.J.G.P. y Don J.M.G.P.) 1.250 acciones a cada uno, por un precio de 7.500.000 Ptas. resultando por ello un precio por acción de 6.000

Ptas. la adquisición tuvo lugar en fecha no determinada entre el 10 de Noviembre y el 31 de Diciembre de 1995.

6º Las cuentas anuales del ejercicio 1995 recogen bajo el epígrafe "*acciones propias en situaciones especiales*" un total de 15 millones de pesetas, situación que se mantiene el 31 de Diciembre de 1996, y que incluye las adquiridas a los accionistas referidos.

TERCERO.- El Art. 75 del RDL 1564/1989 establece que "*la sociedad solo podrá adquirir sus propias acciones o las emitidas por su sociedad dominante dentro de los límites y requisito siguientes. 1º que la adquisición haya sido autorizada por la junta general, mediante acuerdo que deberá establecer las modalidades de la adquisición, el número máximo de acciones a adquirir, el precio mínimo y máximo de adquisición y la duración de la autorización que en ningún caso podrá exceder de dieciocho meses*".

La recurrente sostiene que el contenido de la autorización para adquirir acciones propias consta en el libro de actas en los términos que transcribe la resolución impugnada, pero es evidente que existe un error en la transcripción de libro de actas.

En relación al error padecido alegan en primer lugar indefensión al no ser admitida por la CNMV la práctica de prueba testifical. Esta Sala comparte el razonamiento que la resolución impugnada recoge como fundamento de la negativa a practicar dicha prueba: el expediente se inició por denuncia de accionistas asistentes a la Junta General en la que se adoptó el Acuerdo, por lo que en todo caso, los testimonios contrarios debían ser valorados como un elemento más, a sumar a los prestados por los denunciados y el reflejo documental en el acta correspondiente.

La actora pretende haber subsanado el error mediante el acta notarial de la Junta de Accionistas celebrada el día 27 de Mayo de 1999, sin asistencia de ninguno de los accionistas, y sí del Sr. P.M. y el Sr. G.M.F., y representados, entre otros, los otros tres recurrentes. Se constata que la denuncia se presentó el 10 de Noviembre de 1997, el expediente sancionador se incoa el 16 de Abril de 1998 y la resolución se dicta el 19 de Noviembre de 1998, por lo que esta Sala considera que la "*rectificación de errores*" acordada incluso con posterioridad a la interposición del recurso contencioso-administrativo no puede tener la virtualidad probatoria que pretende la recurrente, máxime en ausencia de accionistas que suponen el 36,37% del capital social.

El razonamiento de la actora no es congruente con su propia tesis: si lo que tuvo lugar fue un "error" en la transcripción, el mismo debe ser rectificado por quién lo cometió, es decir, por el Secretario encargado de redactar el acta correspondiente, no siendo de aplicación al caso la normativa y la doctrina relativas a la subsanación o rectificación de "acuerdos", pues tal caso lo que se pone de manifiesto es que no "equivocado" fue el acuerdo, no su transcripción en el acta. Y a tales efectos, el documento aportado es una acta de una Junta posterior, en el que: **1º** no comparecen los accionistas denunciados; **2º** el orden del día recogía como punto a tratar la "*ratificación y modificación en su caso de acuerdos anteriores sobre autocartera*"; **3º** los acuerdos fueron ratificados sustituyendo la palabra "*cinco*" por "*seis*" porque lo que se pretendía era que se adquiriesen por el que había sido su valor de suscripción; pero este documento no acredita que el acta de otra Junta, celebrada dos años antes, acta fue aprobada con arreglo a las previsiones de la Ley

de Sociedades Anónimas, y por lo tanto *"tiene fuerza ejecutiva a partir de la fecha de su aprobación"* recogiera un acuerdo que no era el que se había adoptado.

Como consecuencia de lo expuesto este Tribunal entiende que se ha acreditado la adquisición de acciones propias a un precio superior al autorizado por la Junta de accionistas, lo que constituye la infracción por la que se ha sancionado a los recurrentes, debiendo desestimarse el primer motivo de impugnación.

CUARTO.- La segunda infracción por la que se sanciona es el incumplimiento de la obligación legal de constituir una reserva indisponible por el importe de las acciones adquiridas, exigida por el Art. 79 del RDL 1564/89 de 22 de Diciembre. Este precepto establece que *"3º Se establecerán en el pasivo del balance de la sociedad adquiriente una reserva indisponible equivalente al importe de las acciones propias o de la sociedad dominante computado en el activo. Esta reserva deberá mantenerse en tanto las acciones no sean enajenadas o amortizadas"*.

La actora alega que si no constituyó la reserva es porque no se perfeccionó la transmisión de las acciones, y la no perfección del contrato la fundamenta en que se trataba de acciones no emitidas, y que en consecuencia debían transmitirse mediante documento público, por aplicación del Art. 56 de la Ley de Sociedades Anónimas en relación con el Art. 1526 y 1280.6 del Código Civil.

El Art. 56 TRLSA establece que *"Mientras no se hayan impreso y entregado los títulos, la transmisión de acciones procederá de acuerdo a las normas de la cesión de créditos y demás derechos incorporales"*.

Ambas partes se muestran conformes en que la prohibición legal de que la Sociedad sea propietaria de sus propias acciones obedece a que el legislador es contrario a que la sociedad sea socia de si mismo y ello porque no se contemplan las acciones en cuanto títulos sino en cuanto representación de una parte alícuota del capital social y en consecuencia de los derechos inherentes a la posición de socio o accionista. Es decir: la Ley limita la posibilidad de que la propia sociedad negocie sobre la posición de socio.

En este marco jurídico, entender que la no formalización del contrato en escritura pública equivale a la inexistencia o al perfeccionamiento del mismo y a que dichas acciones no estén en la autocartera de la sociedad equivaldría a dejar en manos de esta la inclusión o no de acciones adquiridas en dicha autocartera, y el consiguiente cumplimiento de las obligaciones legales como la dotación de reserva. Esta Sala comparte las consideraciones del Abogado del Estado en relación con las consecuencias que tiene la previsión de Art. 1280 del Código Civil: el requisito no es esencial sino que adquiere su sentido a efectos probatorios, y ha de ponerse en relación con el 1278 y el 1279 del mismo cuerpo legal. Las acciones habían sido adquiridas y formaban parte de la autocartera: en relación a las cuentas anuales la propia sociedad documenta la salida del capital social de los accionistas a quienes se compraron.

El Art. 76 del mismo TRLSA establece que *"las acciones adquiridas en contravención del artículo 74 o de cualquiera de los tres primeros números del artículo 75 deberán ser enajenadas en el plazo máximo de un año a contar desde la fecha de la primera*

adquisición. A falta de tal enajenación, deberá procederse de inmediato a la amortización de las acciones propias y a la consiguiente reducción del capital". La misma justificación alegada para la no dotación de reserva sería válida para no enajenación en plazo, por no haberse elevado la adquisición a escritura pública, razón que debe ser desestimada por los mismos argumentos expuestos en el párrafo anterior.

QUINTO.- Los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede estar protegido en ambos ordenamientos, el penal y el administrativo, y sancionado en ambos. En los dos ordenamientos son de aplicación los principios de legalidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, ne bis in idem, proporcionalidad etc. Pero el Tribunal Constitucional desde la sentencia 77/83, ha señalado que el implante de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador debe llevarse a cabo con cautela porque la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

En el supuesto enjuiciado, la no-practica de la prueba testifical en vía administrativa no constituye indefensión, máxime cuando el Tribunal Constitucional ha sancionado que el instructor no está obligado a practicar todas y cada una de las pruebas propuestas por el imputado en el procedimiento penal, correspondiendo a aquel la determinación de cuales son necesarias para la mejor garantía del derecho de defensa.

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

Respecto de la “solidaridad”, este concepto no supone, como mantiene la actora, que la Administración no pueda individualizar las sanciones: no puede confundirse el régimen de responsabilidad civil, o en materia de deudas con la Administración tributaria, con el régimen de la responsabilidad por la comisión de ilícitos administrativos. En segundo lugar, precisamente por no tratarse de un régimen de responsabilidad objetiva, no es posible considerar que todos los administradores solidariamente responden de las infracciones, sino que cada uno individualmente considerado, y en función de su participación deberá responder de la infracción. La no procedencia de la “*multa solidaria*” impide tener en cuenta las pretensiones del actor de que se imponga una multa conjunta el Consejo de Administración, a dividir entre sus miembros: como señala el Abogado del Estado no se trata de abonar una indemnización a terceros, repartiendo su importe en cuotas. Es de aplicación al supuesto enjuiciado el principio de individualización de la sanción, procedente del Derecho Penal, pero aplicable al Derecho Administrativo Sancionador, por ser un principio sustantivo correspondiente a la proporcionalidad en el ejercicio de la potestad represora del Estado, de la que forma parte el Derecho Penal y la potestad sancionadora de la Administración.

En cuanto a la cuantía de las multas impuestas, como se señalaba más arriba, la aplicabilidad de los “*principios*” del Derecho Penal no levanta a la traslación lineal de todas las técnicas de aquella disciplina jurídica y, en lo que ahora interesa, de sus “*reglas*” (no principios) de determinación de las penas en razón a la mediación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. En este marco jurídico, basta para controlar la adecuación a derecho de la multa impuesta el razonamiento que realiza el acto impugnado de la no concurrencia de circunstancias agravantes, y que dentro de las posibles cuantías que puede alcanzar según lo previsto por la Ley (valor nominal de las

acciones propias adquiridas infringiendo la Ley, y no enajenadas o amortizadas en plazo, señalado en 2.500.000 Ptas.) se impone una multa por el 10% de dicho importe máximo.

Finalmente, del examen del expediente administrativo, resulta de los documentos obrantes en el mismo que en las fechas relevantes (fecha no determinada comprendida entre el 2 de Noviembre y el 31 de Diciembre de 1995, y hasta el 31 de Diciembre de 1996) los señores P.V. y G.M.F. eran administradores: la nota simple informativa del Registro señala que fueron designados en la Junta celebrada el 2-XI-95, escritura de 20 de Diciembre de 1.995, no constando la revocación.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la resolución recurrida.

SÉXTO.- 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 Don L.V.R., Don J.P.V., Don S.V.C., Don M.V.G.M.F. y Don T.P.M. contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dictada el 19 de Noviembre de 1998 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme 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.