

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 9 DE JULIO DE 1998

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 386/95
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso.
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 21 de abril de 1995.
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a 9 de Julio de mil novecientos noventa y ocho.

Visto, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 386/95, seguido a instancia de Dña. P.G.V., Don F.D.M., Don M.G.A., y Don M.V.A., representados por el Procurador Don J.V.T., asistido por el letrado Don L.M., contra la Administración del Estado sobre imposición de sanción por Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 21 de abril de 1995, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre la impugnación de la sanción, la cuantía se fijó en 625.000 pts, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base a los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ministro de Economía de Hacienda se dictó Orden con fecha 21 de abril de 1995, en virtud de la cual se sancionó a la Sociedad de Valores y Bolsa "N., S.A." y a los recurrentes, miembros de su Consejo de Administración. A cada uno de ellos se le impusieron dos sanciones de multa por importe de 625.000 pts cada una, como autores de dos infracciones muy graves previstas en el art. 99 e) (irregularidades contables sustanciales) y 99 l) (carencia de organización y medios personales adecuados), de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, por negligencia en el ejercicio de sus funciones.

En síntesis se declaró probado que la situación patrimonial de la empresa en el ejercicio de 1993, era imposible de evaluar debido a la incorrecta cuantificación y reflejo contable de las pérdidas, la deficiente contabilización de las inversiones dudosas, morosas o en litigio, la adjudicación de pérdidas propias a otras sociedades vinculadas al grupo, lo que llevó declarar unos beneficios de 50 millones cuando la auditoría reflejó unas pérdidas de 292 millones en el mismo periodo.

También se declaró probado que la falta de una adecuada infraestructura de la empresa, generó una situación de riesgo, evidenciada en la necesidad de remitir hasta tres estados financieros distintos en relación al mismo periodo.

SEGUNDO.- Por la representación de los actores se interpuso recurso Contencioso-Administrativo el 20 de mayo de 1995, formalizando demanda el 7 de marzo de 1996, con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

En opinión de los recurrentes, la orden impugnada vulneró los siguientes principios y derechos constitucionales:

a) Principio de legalidad y tipicidad.

Niegan que la sociedad y menos aún sus Consejeros hayan infringido el art. 99 e) y l) de la Ley 24/88, dada la naturaleza de gestión diaria y contable de las conductas que les atribuyen. No figura entre las competencias del Consejo la llevanza de la contabilidad, y en cualquier caso, "N., S.A., S.V.B." no carecía de contabilidad, ni se apreciaban en ésta vicios esenciales.

Niegan que "N., S.A., S.V.B." careciera de infraestructura, pues pudo liquidarse la sociedad sin mayor problema, lo que evidencia la existencia de una sólida organización. Considerar que cada infracción contable es, además, de una infracción del art. 99 e), otra del art. 99 l), precisamente por la falta de contabilidad, constituye un "bis in ídem" contrario al art. 25 CE. La remisión que el art. 99 l) hace a otros preceptos de la Ley 24/88 debe entenderse referida a la globalidad de los requisitos exigidos para la autorización de la sociedad. Por otra parte, a lo sumo se reconoce la infracción del art. 55 del RD 1342/92 que entró en vigor en 1993, y que impone la existencia de un sistema interno de seguimiento de riesgos, pero subrayando que la misma norma faculta a la CNMV a establecer los requisitos mínimos del sistema, lo que no se ha hecho; a lo más, dicha infracción, no prevista en los arts. 99 y 100, podría tener encaje como falta leve en el art. 101 de la Ley.

b) Principio de responsabilidad e imputabilidad.

No se ha demostrado la participación de los recurrentes en los hechos que se les imputan. El art. 15.2 b) de la Ley sobre Disciplina e Intervención Bancaria, excluye la responsabilidad de los Consejeros cuando las infracciones sean atribuibles a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados.

Se olvida que la última redacción del art. 105 de la Ley 24/88 por la DA 9 de la Ley 3/1994 de 14 de abril, destierra la imposición automática de sanciones, al exigir que recaigan en administradores o directivos de la entidad y que sean responsables de la infracción.

c) Principio de presunción de inocencia:

Se prescinde la idea más razonable de que la infracción que se imputa es de naturaleza contable, y por tanto impropia de la competencia del Consejo. Por el contrario se presume, sin demostrar nada, que los Consejeros tenían conocimiento de las irregularidades denunciadas.

e) Principio de proporcionalidad:.

La Orden impugnada no tiene en cuenta que como consecuencia de la apertura del expediente, la Sociedad hubo de acordar su disolución, sin que los Consejeros percibieran cantidad alguna al margen de sus dietas por asistencia a los Consejos, que no ha existido perjuicio para los clientes y que no ha existido operación especulativa alguna. A pesar de ello impone a los Consejeros la sanción de multa.

f) non bis in ídem:

En atención a los mismos hechos y circunstancias los recurrentes fueron sancionados por la CNMV como autores de dos faltas graves del art. 100 g) y h), Ley 24/88, referido a conductas que se encuentran englobadas en la sanción objeto de este recurso.

La exigencia de presentar un balance consolidado de fecha 31 de diciembre de 1993, fue notificada a "N., S.A., S.V.B." el 14 de enero de 1994, lo que hizo imposible su cumplimiento y la obligó a presentar nuevos estados durante 1994. Los valores de la Sociedad se entregaron el día 31 de diciembre de 1994 por vía informática en el Servicio de Compensación y Liquidación, sin mayor problema lo que evidencia la existencia de una infraestructura adecuada.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó que resolución administrativa fue respetuosa con los principios constitucionales de presunción de inocencia y proporcionalidad.

Las irregularidades contables detectadas no pueden calificarse como de simples errores, pues reflejan que la sociedad pasa de un resultado positivo de 50 millones de pts. en el ejercicio de 1993, según propia declaración, a un resultado negativo de 292 millones en el mismo año, según la correspondiente auditoria. No pueden calificarse como carentes de intencionalidad las deficiencias de evaluación de las inversiones consideradas como morosas o en litigio o en el caso de las provisiones adoptadas por operaciones de futuros y opciones, proceso de adjudicación de pérdidas, etc ...

Tanto la actuación de la CNMV, como la de la auditoria externa realizada puso de manifiesto la carencia de infraestructura necesaria por parte de "N., S.A., S.V.B.", atendiendo el carácter y volumen de su actividad.

La situación a la que llegó "N., S.A., S.V.B.", que presenta unas cuentas que luego resultan ser sustancialmente erróneas, con una diferencia en el resultado del ejercicio que difiere en alrededor del 50% de los recursos propios del posteriormente resultante de la auditoria practicada, con un importante grado de falta de control interno y medios inadecuados para la actividad, fue consecuencia directa de la actuación de sus órganos de administración, como se puso de manifiesto en la resolución impugnada, de acuerdo con el art. 15 ley 26/88 de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y el art. 105 de la L.M.V.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta y declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

QUINTO.- Señalado el día 24 de julio de 1998 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Esta Sección ha dictado sentencia en el recurso núm. 389/1995, en cuya virtud se acordó estimar parcialmente el recurso interpuesto por la Sociedad de Valores y Bolsa "N., S.A.", posteriormente denominada "N.B.N., S.A., contra la O.M. de 21 de abril de 1995, dictada por el Ministro de Economía y Hacienda en la que se decidió imponer tanto a dicha entidad como a cada uno de los miembros de su Consejo de Administración, las sanciones de multa, como autores de sendas faltas calificadas como de muy graves, previstas en los art. 99 e) y 99 l) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. En la sentencia dictada en el recurso núm.389/1995, interpuesto directamente por la Sociedad, declaramos que era ajustada a derecho la imposición de la sanción por el art. 99 e), y revocamos la recaída con fundamento en el art. 99 l) de la citada Ley 24/1988.

Aún cuando la fundamentación por remisión es una práctica habitual en el foro, y conforme con el art. 24.1 CE, consideramos necesario exponer, aunque sea muy brevemente las razones por las que llegamos a tal decisión. Para mayor claridad en la exposición, analizaremos cada infracción en párrafos separados que se inician con la transcripción del precepto que describe la conducta objeto de represión.

A) Art. 99 l) *"La inobservancia por las Sociedades de Valores de lo previsto en los arts. 66, 69, 71, 72 y 75"* concretado en este caso en la infracción del art. 66.j de la citada Ley *"que se comprometa a contar con una organización y unos medios materiales y personales técnicamente adecuados al carácter y volumen de su actividad, y cumpla efectivamente este compromiso"*.

La propia O.M. reconoce que el único criterio seguido para valorar la suficiencia de la organización fue la comprobación de su eficacia, pues en buena lógica, esos medios necesarios, exigidos por el art. 66.j de la Ley, deben traducirse en el correcto funcionamiento de la sociedad.

No es éste, ni el sentido literal de la norma transcrita, ni su finalidad, pues la conducta que reprime es la carencia de medios materiales y personales, no su incorrecta utilización. Así las cosas, no cabe duda de que la Sociedad en cuestión, que contaba con 44 empleados y con la amplia infraestructura que se detalla en el documento núm. 5 de los que acompañaron a la demanda, contaba con una organización que le permitió gestionar una cartera de 2.000 clientes, soportar satisfactoriamente las correspondientes inspecciones con carácter previo a su disolución, realizar un traslado informático de todos sus clientes, efectivos, valores y acciones en un solo día a la Sociedad "I", todo ello sin que ninguno de los afectados presentara reclamación de tipo alguno.

Partiendo de estos datos indiscutido resulta difícil aceptar la concurrencia de los elementos del tipo sancionador caracterizados por su falta de concreción y predeterminación normativa, y que en todo caso se refiere a una absoluta carencia objetiva de organización, que con sólo su descripción permitiría concluir que necesariamente la Agencia estaba condenada al fracaso, lo que, como se ha evidenciado, no ocurre en este caso; Por otra parte, esa falta de determinación y concreción se reconoce expresamente en la Circular 1/1998 de la C.N.M.V., que ha venido a sentar los criterios mínimos de organización, 5 años después de ocurridos los hechos enjuiciados.

B) Art. 99 e): *"El carecer las sociedades citadas en el art. 86 de esta Ley de la contabilidad y registros legalmente exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad o, en su caso, de las operaciones que se ejecuten o en que medien"*.

En este supuesto la Sala entendió que efectivamente se había cometido la infracción denunciada, pues las irregularidades detectadas en la contabilidad de la Sociedad no permitían conocer en el ejercicio de 1.993, la situación patrimonial de la entidad. Así, respecto del mismo periodo analizado, se pasa, comparando los distintos estados financieros enviados por la sociedad y los realizados por la auditoría de un saldo favorable de 50 millones de pts., a otro negativo de 292 millones, debido en gran parte a las fallidas operaciones de futuros financieros y opciones (las pérdidas pasan de 158 millones a 453). En este desfase, que afecta también al patrimonio neto de la Sociedad y que va mas allá de un simple error, se descarto la ausencia de intencionalidad por parte de "N., S.A., S.V.B.", conclusión a la que se llega a la vista de las importantes deficiencias detectadas en la evaluación de las inversiones dudosas, morosas o en litigio, con infracción de la Circular 5/90 de la C.N.M.V., (la discrepancia entre los dos estados enviados por la Sociedad y los señalados por la auditoría, se cifran en un 430% y 550%). Como queda expuesto, el fundamento de la sanción radica en la comisión de un conjunto detallado de irregularidades contables de gran trascendencia, y no especialmente, como alegan los recurrentes, en el supuesto incumplimiento de la obligación de aportar declaraciones consolidadas en un plazo determinado.

SEGUNDO.- Con los antecedentes descritos resta por analizar la existencia de responsabilidad por parte de los recurrentes, miembros del Consejo de Administración de "N., S.A., S.V.B.", en la comisión de la falta tipificada en el art. 99.e de la Ley 24/1988.

Las alegaciones sobre las que se vertebra la defensa se construyen en torno a una idea esencial: la violación por la O.M. impugnada de los principios básicos que rigen el procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal, con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento. En consecuencia analizaremos por separado las distintas garantías invocadas:

a) Principio de legalidad.

La cuestión, por lo que respecta a la comisión de la Sociedad de la falta del art. 99.e Ley 24/1988, ya fue resuelta en la sentencia recaída en el rec. 389/1995, por las razones que sintetizamos en el FJ 1 de esta resolución, y que ponen de manifiesto la concurrencia de los presupuestos fácticos exigidos por el tipo sancionador para entender cometida la conducta objeto de sanción. Lo que plantean los recurrentes al amparo de este principio es la exigencia de la responsabilidad a sus personas, extremo mas propio de análisis en los apartados siguientes.

b) Principio de culpabilidad y responsabilidad.

La Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su artículo 15.2, aplicable al caso (art. 98 Ley 24/1998), establece como regla general que los administradores, con expresa mención a los Consejos de Administración, *"serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las Entidades de Crédito, (...) salvo (...) b) cuando dichas infracciones sean "exclusivamente" imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la Entidad"*. Esta regulación se complementa con la regulación del art. 105.a) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en la redacción procedente de la reforma operada por la Ley 3/1.994 por ser más favorable a los recurrentes, donde se dice que *"Además de la infracción que corresponde imponer al infractor por la comisión de infracciones muy 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"*.

De esta construcción se desprende que es la propia Ley (art. 15.2 Ley 26/1.988) la que establece la responsabilidad inicial de los miembros del Consejo de Administración por la comisión de faltas como la presente, calificadas como muy graves. Esta exigencia de responsabilidad al Consejo o a los administradores en general, tiene su fundamento lógico en que es este órgano el que ejerce, con las amplias facultades que les conceden los Estatutos, el control de la Entidad. Este poder está directamente dirigido y concebido para que pueda garantizar su correcto funcionamiento, y muy singularmente para evitar la realización de conductas que por su especial gravedad, puedan comprometer el destino de la Entidad, como ocurrió en este caso, pues no parece razonable que quien tiene como misión la representación de la sociedad y goza de los poderes en el seno de la misma para corregir las deficiencias que se produzcan, pretenda eludir las responsabilidades que sean consecuencia de la mala gestión.

Esta presunción de culpabilidad establecida en la Ley, podría, efectivamente, chocar con el art. 24 CE, en la medida en que de ella pudiera derivarse una responsabilidad objetiva y automática de los Consejeros, siempre y en todo caso, pero esa no es ni la previsión legal, ni el proceso seguido por la O.M. en cuestión.

En este sentido, son dos los mecanismos legales que permiten desvirtuar la tacha de inconstitucionalidad formulada:

Por una parte, el propio redactado del art. 15.2.a) y b), de la Ley 26/1988. Así el apartado a) recoge supuestos que no se plantean en este caso (inasistencia del Consejero a la reunión en la que tomó el acuerdo lesivo, o emisión de voto particular), mientras que el b) les exonera de responsabilidad cuando *"las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones Ejecutivas, Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad"*. Los recurrentes pretenden exonerarse de su responsabilidad con la vaga alusión de que los hechos sancionados, por su propia naturaleza técnico-contable son ajenos al nivel de conocimiento exigible a los Consejeros.

Este razonamiento, olvida que por la propia naturaleza de las funciones que tienen encomendadas, los Consejeros de una Sociedad deben estar en posesión de los conocimientos necesarios para gestionarla correctamente, lo que incluye el poder detectar la comisión de irregularidades que merecen la mayor reprobación sancionadora (faltas muy graves y graves). El hecho, indudable, de que determinadas actuaciones contables o de ejercicio profesional del Mercado de Valores requieran conocimientos específicos de personal especializado, no es obstáculo para que los componentes del órgano que representa a la sociedad puedan evaluar su actuación, y tengan la obligación de remover de sus cargos a quien contraviniera la normativa vigente. Por otra parte, en el presente caso, toda la responsabilidad quiere descargarse en un empleado de la Sociedad, sin concretar la razón de su exclusiva culpa, ni los poderes que tenía en el seno de la empresa, ni la razón por la que deba exonerarse al Consejo, primer responsable según la Ley.

En segundo lugar, el nuevo art. 105 a) de la Ley 24/1988, exige para la imposición de la sanción que en la actuación de los Consejeros exista, al menos, un elemento de culpa, proscribiendo la responsabilidad automática y objetiva que se derivaba de la anterior redacción del precepto. Tampoco ha infringido la O.M. este principio, pues subraya en su redacción (pag. 43 y ss) que existe una culpa in vigilando de los miembros del Consejo en el desempeño de sus funciones, y este es el título de imputación, que por su propia naturaleza incluye las conductas pasivas o permisivas como las realizadas por los recurrente y que por ministerio de la ley (art. 15. 2 Ley 26/1988), se traducen en la imputación del tipo previsto, en este caso, en el art. 99.e de la Ley 24/1988.

La STC 154/1994, fj 3, analiza en el ámbito del derecho administrativo sancionador, un supuesto, que si bien parte de una base fáctica distinta del sometido a enjuiciamiento, contiene una doctrina plenamente aplicable al caso. Tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades si no se actúa diligentemente en sus facultades de control. Es indudable que la pertenencia a un Consejo de Administración, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de potestades que se confieren a los nombrados, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones como la enjuiciada; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la Sociedad a la comisión de una falta muy grave, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, desde la óptica constitucional, la exigencia que dimana del art. 105 a) de la Ley 24/1988. Esta afirmación no puede desvirtuarse con el hecho

de que las reuniones del Consejo fueran escasas, pues como se indica en la O.M. el art. 55 del RD 1342/1992 de 6 de Noviembre en desarrollo de la ley 13/1992 de 1º de Junio, impone la dación de cuenta, al menos mensual, al Consejo de Administración, sobre la evaluación continuada de los riesgos sociales, lo que evidencia su posición de supremacía y la negligencia de los recurrentes, bien por no exigir dicha información, bien por no actuar en consecuencia.

c) Presunción de inocencia.

Reiterada jurisprudencia del TC, de la que puede ser simplemente una muestra la STC 102/1994, subraya que la presunción de inocencia solo puede desvirtuarse tras la práctica de prueba suficiente practicada con las suficientes garantías. Ambas circunstancias concurren en el presente caso, como revela la simple lectura de la O.M. impugnada, pues los recurrentes fueron oídos antes de ser sancionados y presentaron en su descargo las pruebas que estimaron pertinentes, que fueron objeto de análisis y valoración en la resolución combatida, expresando el órgano sancionador las razones por las que estima que procede la imposición de la sanción. Así las cosas, no puede prosperar la alegación de los recurrentes, que deriva en reiteraciones sobre la infracción del principio de culpabilidad.

d) Principio de proporcionalidad.

Nuevamente en la demanda se realizan afirmaciones inexactas (anteriormente se dijo, pag. 44 fine, que la O.M. no citaba el art. 15.2 de la ley 24/1988, cuando lo hace, entre otras ocasiones, en la pag. 40 y 43). Esta vez se niega que se tomen en consideración las circunstancias concurrentes para modular la sanción, afirmación que queda en evidencia tras la lectura del punto num. 7 de la O.M., donde expresamente se refiere a las circunstancias concurrentes para graduar la imposición de la sanción, relación que se acompaña con una razonable ponderación de las mismas.

TERCERO.- Finalmente, tampoco existe infracción del principio "non bis in idem", pues no se ha acreditado que la imposición de sanciones de inferior gravedad, a las que son objeto de recurso, realmente repriman, por los mismos fundamentos, la misma conducta.

En atención a lo expuesto debe dictarse una Sentencia parcialmente estimatoria del recurso interpuesto, exonerando a los recurrentes de la sanción impuesta al amparo del art. 99 l) de la Ley 24/1988, y confirmando la recaída por infracción del art. 99 e) de la misma Ley.

CUARTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto, por lo que revocamos la O.M. impugnada en la medida en que impone a los recurrentes una sanción por infracción del art. 99 l) de la Ley 24/1988, y la confirmamos en todo lo demás.

No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes.

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