

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2000

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 420/98
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de enero de 1998
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a 27 de septiembre de dos mil.

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 420/98, seguido a instancia de Don F.S.M., representado por el Procurador Don R.R.N., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en 35.000.000 de pts, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden de fecha 14-1-1998, en virtud de la cual se imponía al recurrente la sanción de multa de 35 millones de pesetas, como autor de una falta muy grave tipificada en el art. 99 ñ) de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. En el Folio 35 de la OM se indica que, por aplicación de la Ley 3/1994 de 14 de abril que reformó el art. 105 de la Ley 24/1998 sobre el mercado de valores, sólo se exige responsabilidad al recurrente, como administrador de la sociedad encartada, por los hechos ocurridos a partir del 16 de abril de 1994; fecha de su entrada en vigor, y hasta el 26 de septiembre de 1994, fecha en la que cesó en sus cargos directivos en "A.Z., S.A."

En la citada Resolución se declaró probado que:

- 1) El recurrente fue Presidente del Consejo de Administración de la mercantil "A.Z., S.A.", en adelante "AZ", desde 1989 hasta el 26-9-94, y ha sido miembro de su comisión ejecutiva desde el 23-6-1988 hasta el 31-5-1994.
- 2) "AZ" es una sociedad del sector 031 (metálicas básicas), cabecera de un grupo dedicado a la producción y comercialización de productos metalúrgicos derivados del zinc. Con un capital social de 21.171 millones de pts, dividido en acciones admitidas a negociación en las Bolsas de Valores de Madrid y Valencia en el sistema SIB (mercado continuo). Hasta el 22-1-1997, el Banco de Santander a través de Banesto-Corporación Financiera, ostentaba el 42,40 % de dichas acciones.
- 3) La entidad "A., LTD", participada en un 100% por "AZ", formaba parte del mismo grupo empresarial. Domiciliada en la Isla de Guernsey se dedicaba a la comercialización en el extranjero de la producción de zinc de "AZ", concretamente en el London Methal Exchange

(LME) a través de operaciones en productos derivados, opciones, y futuros sobre zinc. El recurrente fue miembro de su Consejo de administración desde 1991 hasta el 14-12-1994.

4) A partir del último trimestre de 1992, "A., LTD" adoptó una posición especulativa en el LME, mantenida hasta marzo de 1996. Concretamente tomó posiciones en derivados con un volumen que suponía unos riesgos sustancialmente más elevados que los que se infieren de una estrategia de mera cobertura, y así en las págs 6 y 7 de la OM impugnada se establece una comparación anual entre el saldo neto de posiciones de compraventa por contratos en el LME (en toneladas de subyacente y media trimestral anualizada) y las necesidades reales de existencias de "AZ" para atender su ciclo de producción y comercial: en 1992 se registraron respectivamente 103.544 y 216.006, en 1993 424.781 y 189.789, en 1994 715.106 y 146.820, y en 1995 440.194 y 218.315.

5) A pesar del riesgo descrito, no se comunicó a la CNMV la verdadera actividad de "A., LTD", ya que en folleto informativo de fecha 27-7-93, se informó que la actividad principal de "A., LTD" era la de comercialización y distribución de productos de "AZ". Por otra parte, el 13-2-1994 se indicó por el mismo método, que su actividad estaba dirigida a coadyuvar al mejor fin de las actividades ordinarias de "AZ".

"AZ", en la información pública periódica de carácter financiero remitida a la CNMV no reflejó correctamente el resultado real obtenido por "A., LTD". Así en el año 1993 no se informó en absoluto sobre cual era el criterio contable empleado para ello, y en 1994 y 1995 se informó que, atendiendo a la alta volatilidad de los mercados financieros y en particular el del zinc, el reflejo contable tendría lugar sólo al final de cada ejercicio; de este modo se ocultaba tanto el carácter especulativo de las operaciones como la real situación en los períodos intermedios. Expresamente se reconoció que el año 1994 se cerró con superávit, a pesar de que hasta el mes de octubre se habían registrado importantes pérdidas.

6) En 1995 "A., LTD" perdió 12.206 millones de pts que sólo se recogieron contablemente el 31 de diciembre, cuando a 30 de junio ya había perdido 4.838 millones de pts, de lo que no se informó.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo frente a la anterior resolución, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Infracción del art. 24 CE, por falta de información de la acusación formulada:

No se indica en la resolución cual de las diferentes conductas descritas en el art. 99 ñ) es la infringida por el recurrente, y no obstante, se reconoce en la resolución que a partir de 1994, sí se facilitó por "AZ" información relativa a las posiciones que mantenía a través de su filial "A., LTD" en el LME. Por ello debe concluirse que la modalidad infringida sería la de "haber suministrado información dolosamente deficiente", lo que resulta incongruente con la

exención de responsabilidad del Sr. B.C., que ocupó los cargos del recurrente a partir de octubre de 1994, y que tampoco cumplió estrictamente con la normativa señalada, según se reconoce en la misma resolución.

b) Relevancia de actuaciones que no debían ser sancionadas:

La Orden expresamente indica que sólo puede ser sancionada la conducta del recurrente desde el 16-4-1994, fecha en la que entró en vigor el nuevo art. 105 Ley 24/1988 que permite castigar la conducta culpable de los Consejeros por actuaciones de las sociedades que gobiernan, hasta el 24-9-1994, fecha de su cese. No obstante en la misma resolución se toma en consideración la conducta del recurrente al frente de la sociedad desde 1992 para justificar la imposición de la sanción, lo que supone la violación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras.

c) Infracción del principio de igualdad por la exención de responsabilidad señalada.

d) Imputación de responsabilidad objetiva al recurrente:

El argumento que sirve de base a la imposición de la sanción es que el recurrente era, a la vez, el único miembro en los consejos de administración de "AZ" y "A., LTD", y que informaba a los consejeros de las actividades de "A., LTD", de lo que se deduce que conocía las actuaciones reales de ambas compañías.

A partir del 24 de mayo de 1994, tras la intervención de BANESTO, la nueva dirección controla de forma muy rigurosa la gestión de las entidades afectadas, y nombra para ello a personas de su confianza (Don J.I.), que de hecho gestionan las compañías.

e) Falta de tipicidad de la conducta del recurrente:

El art. 99 ñ) de la Ley 24/88 sanciona conductas dolosas dirigidas a causar engaño en el destinatario de la información, y lo que, a lo sumo, hizo el recurrente fue enviar una información que la CNMV consideró insuficiente. Si se sanciona la conducta del recurrente quedaría vacío de contenido el mismo art. 99 ñ) que sanciona también la falta de cumplimiento de los requerimientos de la CNMV en orden a completar la documentación remitida. A mayor abundamiento la CNMV entiende que la información remitida era incompleta a partir de 1997, y no cuando se remitió en 1994, lo que no resulta comprensible.

Resulta probado que a partir de 1994, las entidades afectadas remitieron comunicaciones a la CNMV, posponiendo hasta el 31 de diciembre el reconocimiento del efecto en resultados de las variaciones en la cotización de la peseta y del zinc en los activos y pasivos en moneda extranjera, así como las posiciones en el LME, ante la volatilidad de los mercados financieros y en particular del zinc. Sin embargo, de esta actuación contable, se deduce que el recurrente "ha suministrado datos inexactos o no veraces o informaciones engañosas o que omite maliciosamente datos relevantes". En definitiva lo que la CNMV reclama es que la

recurrente debió reflejar en sus estados financieros las valoraciones de las posiciones de acuerdo con los cambios correspondientes al momento en que se remitía cada información periódica, y no posponerlo a fin de año, lo que, entiende, se trata de una simple discrepancia en la aplicación de principios contables, de los que discrepa la CNMV tres años después, sin mediar requerimiento alguno, y a pesar de reconocer la propia resolución que la posición al concluir 1994 se saldó con resultado positivo (Folio 11). Por otra parte no existe norma expresa que desautorice el proceder contable de las entidades afectadas, como se puso de manifiesto en el informe emitido por la empresa "Deloitte & Touche", y que obra en el expediente.

f) Falta de proporción en la sanción:

Se impuso en la mitad superior de su extensión, sin motivación alguna, y subrayando que un elemento que se toma en consideración para ello, es la previa constitución de la posición por el recurrente, lo que habría tenido lugar, en todo caso, antes del 16-4-1994. En la resolución se razona que se impone la sanción en grado menor a lo pedido por los instructores que, sin fundamento alguno la habían fijado en el máximo de 50 millones, lo que revela la falta de ponderación respecto de los elementos reales que hay que tener en cuenta, esto es las circunstancias del caso, no el parecer de los instructores, cuando incluso no guarda proporción con el tiempo de ejercicio real de gobierno de la sociedad por el recurrente.

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 durante 1992 y 1993 "AZ" no remitió información alguna a la CNMV, y solo lo hizo a partir de 1994, difiriendo hasta 31 de diciembre resultados positivos y negativos por ingresos y gastos ya ocurridos, como si se tratara de posponer el cálculo de plusvalías o minusvalías probables o contingentes, y por tanto no realizadas.

"A., LTD" y el recurrente no cumplieron con el deber básico de informar a la CNMV sobre la situación contable real de la entidad, que desconocía la actividad real de "A., LTD", haciendo creer "AZ" que realizaba actividades de cobertura.

CUARTO.- Practicada la prueba 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 27 de septiembre de 2000 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.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de la sanción impuesta al recurrente en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de la mercantil "A.Z., S.A.", en adelante "AZ", en la que también ostentó el cargo de Consejero-Delegado, como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución.

Las alegaciones sobre las que se vertebra la defensa se construyen entorno 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, que analizaremos a lo largo de la presente sentencia.

SEGUNDO.- Con carácter previo al análisis de las cuestiones planteadas, esta Sala debe poner de manifiesto su profunda sorpresa por la particular interpretación que de la reforma del art. 105 de la Ley 24/1988 de 28 de julio sobre el Mercado de Valores (LMV), operada por la Ley 3/1994 de 14 de abril, realiza la Orden impugnada. De forma muy concreta en la pág 35 de la misma expresamente se indica que "con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 3/1994 de 14 de abril, el régimen disciplinario contenido en el art. 105 de la LMV no contemplaba la exigencia de responsabilidad a los administradores de sociedades emisoras por las infracciones cometidas por las mismas, no siendo posible pues exigir dicha responsabilidad mas que a partir del 16 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1994 que supuso entre otras, la modificación de dicho régimen disciplinario. En consecuencia, y aún debiendo en principio apreciarse que ha existido responsabilidad evidente en Don F.S.M. durante el período que abarca desde el último trimestre de 1992 hasta el 26 de septiembre de 1994, no se le puede exigir personalmente dicha responsabilidad mas que a partir del 16 de abril de 1994 y hasta el 26 de septiembre del mismo año, fecha esta última en que se produce su dimisión como Presidente, Consejero y Consejero-Delegado de "AZ".

Este extraño razonamiento carece de apoyo legal, doctrinal o jurisprudencial alguno por lo que respecta a la fijación del día 16-4-94 como fecha de inicio de la responsabilidad, pues como hemos indicado en múltiples resoluciones (SAN 10-9-98 rec. 1086/95, y SAN 9-7- 98 rec. nº 386/95), la reforma provocada por la Ley 3/1994, consecuencia lógica del art. 24 CE, lo único que hizo fue proscribir la imposición objetiva de sanciones a los administradores de las sociedades mercantiles, lo que no significa que con arreglo a la normativa anterior (LMV, vigente al tiempo de inicio de los hechos, 1992), fuera posible sancionar a esos mismos administradores, cuando, a título de dolo o culpa, como ocurre en este caso, fueran responsables de la comisión de faltas tipificadas en la Ley. Por ello entendemos que la resolución impugnada debió enjuiciar las actividades del recurrente desde 1992, hasta, obviamente, la fecha de cese de su actividad, lo que ocurrió el 24-9-94.

TERCERO.- En atención a lo expuesto debemos limitar nuestro análisis a los hechos descritos en la resolución impugnada que, ocurridos entre el 16-4-1994 y el 24-9-1994, sean imputables al recurrente, y que se reducen a haber remitido a la CNMV una información periódica, en concreto respecto al primer semestre de 1994, insuficiente, según la OM, para conocer la situación económica real de la mercantil "AZ", y la naturaleza de las actividades especulativas de su filial "A., LTD", ya que se limitaba a comunicar que se posponía la emisión de la información a 31 de diciembre de cada año, dada la "alta volatilidad de los mercados financieros y en particular el del zinc". Y este análisis deberá hacerse desde la óptica del art. 99 ñ) de la Ley 24/1988, norma que, en su redacción original, contenía el tipo sancionador, en los siguientes términos: "El incumplimiento, por los emisores de valores, de la obligación establecida en el art. 82 o de los requerimientos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores formulados en virtud del art. 89". Para añadirse por la Ley 3/1994, " así como el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o que omita maliciosamente aspectos o datos relevantes". Finalmente, también deberá tenerse en cuenta en este bloque normativo, el art. 35 de la LMV en la redacción dada por la Ley 4/1990, que refuerza la obligación de información a que se refiere el citado texto legal.

Llegados a este punto, debe precisarse, para aclarar las dudas del recurrente, que en el FJ 10 de la OM impugnada, a modo de resumen se contienen las claves de la resolución sancionadora, y es en ese apartado en el que se concreta la conducta que se estima digna de reprensión: suministrar a la CNMV información económica-financiera irregular que resulta de la ausencia de comunicaciones de "hechos relevantes", y de no recogerse adecuadamente en las Informaciones Públicas Periódicas extremos relativos a la existencia y efectos de la posición de la filial de "AZ", "A., LTD", en derivados sobre zinc en el LME, lo que impidió a los inversores formarse una opinión adecuada sobre la realidad de la actividad desarrollada por la empresa y los resultados obtenidos. No obstante, en la pág. 21 de la OM se precisa que la descrita conducta sólo es exigible a partir del 16 de abril de 1994, dada la fecha de entrada en vigor de la segunda parte del art. 99 ñ) LMV, afirmación que en este caso, evidentemente compartimos por aplicación del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 CE), para a continuación afirmar que con base en el citado art. 99 ñ) LMV, podría haberse exigido al recurrente responsabilidades desde 1992 por el hecho de no poner en conocimiento del público en general la referida información en el momento en que se produjo, actuación a la que, como hemos visto, renunció incomprensiblemente.

Así las cosas, nuevamente debemos sorprendernos ante la argumentación de la Orden impugnada, pero de ello no cabe deducir que se le haya causado indefensión alguna al recurrente, pues al contrario, con su defectuosa forma de proceder, que se reitera a la largo de sus extensos razonamientos como veremos a continuación, la OM, sin duda de forma inadvertida, le ha liberado de buena parte de sus responsabilidades.

CUARTO.- Delimitado nuestro ámbito de actuación, resulta procedente en primer lugar analizar la supuesta infracción del principio de legalidad que invoca. La normativa que se estima infringida en este caso es el conjunto normativo compuesto por los art. 99 ñ) LMV,

complementado con los art. 82 que impone la obligación a los emisores de valores de comunicar al público, en el plazo mas breve posible, de todo hecho o decisión que pueda influir de forma sensible en la cotización de los mismos, y el 35 (reformado por la Ley 4/90), también de la LMV, que impone la obligación a dichas entidades de hacer público con carácter trimestral un avance de sus resultados u otras informaciones relevantes, para en todo caso, con carácter semestral, hacer públicos sus estados financieros completos, con un detalle similar a los requeridos para sus estados anuales.

Con estos antecedentes, resulta probado, incluso por propia manifestación del recurrente, que en el año 1994, la única información que, a los efectos que nos ocupan y dentro del período controvertido, se envió por "AZ" a la CMNV y al público en general, fue la señalada nota respecto de la posposición de información hasta el 31 de diciembre, obligación ésta que, sin embargo, se cumplió puntualmente y además, para informar de resultados positivos en ese ejercicio. Con independencia de que esta comunicación del mes de diciembre de 1994 no la remitió ya el recurrente, lo cierto es que la obligación impuesta por la normativa citada es clara, y que no consta que se llevara a efecto, es mas, consta expresamente que, de forma deliberada, se incumplió. Tal y como dijimos en la SAN de 15-12-99 rec. 330/97, en relación con las obligaciones dimanantes del art. 35 LMV, *"no cabe duda de que éstas deben cumplirse, no ya en la forma en que el recurrente estime oportuno, sino en aquella que sea más adecuada para que pueda surtir efecto la prevención legal, y ésta no es otra que de manera que se garantice una información semestral y veraz al mercado sobre los extremos a que se refieren los art. 27 y 35 de la citada Ley 24/88"*, y ello aunque no haya mediado requerimiento de la CNMV, pues la propia naturaleza de la obligación impone su cumplimiento puntual. No se trata en este caso, como en el resuelto por la sentencia citada, de la discusión sobre falta de remisión de un concreto documento exigido "ex novo" por una OM o Circular de rango infralegal, sino de una conducta más grosera, como es la real negativa, pues eso es lo que realmente ocurrió, a suministrar la información debida sobre el estado financiero de una entidad en el momento en que legalmente era exigible. Esta manifiesta infracción de la normativa citada, realizada con la intención de posponer el momento de emitir una información trascendental para el accionista a la fecha que convenga a la entidad afectada, pretende además, disfrazarse alegando un pretexto del todo punto inadmisibles, como es la volatilidad del mercado financiero del zinc, cuando realmente nos estamos refiriendo a operaciones ya realizadas. Esta conducta favorece directamente la opacidad de los mercados financieros y por lo tanto debe ser reprimida inmediatamente, razón por la que sorprende también profundamente la pasividad de la CNMV que no efectuó requerimiento alguno al recurrente en los tres años siguientes a la recepción de la citada nota que comunicaba la unilateral decisión de posponer la obligación legalmente impuesta de información. Insistimos en que la obligación legal es la de remitir la información completa con carácter trimestral y en todo caso semestral, no cuando el obligado lo estime oportuno, aunque en ese caso la información remitida sea puntual y completa, sino cuando la Ley lo impone, y ello porque lo que está en juego es el derecho de los inversores a conocer el riesgo y circunstancias a que se exponen sus ahorros.

Por estas razones entendemos, esta vez de acuerdo con la OM, que el recurrente ha infringido el tipo sancionador, sin que sea obstáculo para ello el hecho de que no exista una

normación contable específica que indique cómo han de realizarse las comunicaciones, pues el art. 35 LMV no deja lugar a dudas sobre la imperatividad respecto de la remisión semestral de la información y el ámbito de su extensión, obligación que, obviamente, resulta especialmente exigible cuando se trata, como en este caso, de operaciones ya realizadas, motivo por el que no existe apoyatura legal alguna para posponer la remisión a la fecha de cierre del ejercicio. Por otra parte, el dato de que el ejercicio de 1994 se cerrara con beneficios resulta simplemente irrelevante por cuanto, lo que se protege con la norma es el derecho del inversor a conocer el riesgo que asume, lo que ignora si no se le informa del tipo de actividad que desarrolla la empresa, en este caso especulativa, y de los resultados de las operaciones cerradas a lo largo del año, pues a la vista de esa información, su decisión de mantener la inversión puede no ser la misma.

No obstante lo expuesto, debemos compartir con el recurrente las críticas técnicas que formula a la OM impugnada, pues además de lo expuesto, que justifica la imposición de la sanción, se realizan referencias en la OM a actuaciones que considera relevantes a efectos sancionatorios, y que ocurrieron en periodos de tiempo distintos del acotado a efectos de pedir responsabilidades al recurrente, como son los posteriores y anteriores a las fechas que la misma OM toma en consideración para la depuración de responsabilidades (nótese como ejemplo que los folletos enviados por AZ a la CNMV que se consideran como caso relevante de falta de información son de fecha 23-7-1993 y 13-12-1994).

QUINTO.- Tampoco el principio de culpabilidad ha sido vulnerado, pues, como reiteradamente venimos señalando: "La Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en su art. 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 redacción del art. 105.a) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores en la redacción procedente de la reforma operada por la Ley 3/1994, por ser mas favorable a los recurrentes, donde se dice que "Además de la sanción que corresponda 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 26/1988), 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 se 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". El recurrente pretende exonerarse de su responsabilidad, alegando que a partir del 24-5-1994 la nueva dirección de la entidad nombró a persona de su confianza para realizar las operaciones en el sector que nos ocupa. Con independencia de que el recurrente no practicó prueba en este sentido, a pesar de haberlo anunciado en la demanda, y ello por causa que sólo a él le es imputable, lo cierto es que, según sus propias alegaciones esa persona realizaba actividades de gestión, de lo que cabe deducir que se limitaba a ejecutar, esto es, a llevar a término los mandatos que recibía de los órganos de dirección de la empresa, cuyo Presidente, a pesar de la intervención de BANESTO, era a todos los efectos y con sus poderes formalmente intactos, el recurrente.

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, lo que, como hemos visto, no significa que las conductas dolosas o culposas anteriores en el mismo sentido fueran impunes.

Por otra parte, 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, y con mayor motivo la Presidencia, 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 nuevo 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, al menos, negligencia del recurrente, que era el único de los Consejeros que pertenecía a los Consejos de "AZ" y "A., LTD".

SEXTO.- También debe descartarse la supuesta infracción del principio de igualdad por la exención de responsabilidad del Sr. B.C. que sucedió al recurrente en la Presidencia de "AZ", pues la igualdad, como reiteradamente ha señalado el Tribunal Constitucional, no puede predicarse desde la ilegalidad. Si el órgano sancionador ha estimado oportuno no castigar a un encartado que en principio aparece también como responsable, carece el realmente sancionado de acción para exigir su exoneración de responsabilidad cuando, como en el presente caso, resulta probado que su actuación ha sido antijurídica.

Finalmente debemos abordar la incidencia de lo expuesto en el principio de proporcionalidad atendida la cuantía de la sanción impuesta. Contrasta la mínima motivación que lleva a la imposición de la multa en la mitad superior de su extensión, con el detalle con el que se justifica en la misma resolución la imposición atenuada de la multa a "AZ". Nuevamente nos sorprende la OM en este punto, pues utiliza como criterio para graduación de la sanción la gravedad de los hechos, lo que, obviamente no resulta admisible por cuanto ello sólo justifica la existencia del tipo sancionador, y también de forma incomprensible, justifica una reducción de la propuesta instructora en atención a que la conducta reprimida sólo se desarrolló a efectos de la sanción durante 6 meses. El art. 131 Ley 30/1992 establece los criterios que deben tomarse en cuenta en la ponderación: reiteración, intensidad del daño, naturaleza de los perjuicios causados, lo que no consta que se hayan tenido en cuenta en la resolución impugnada, sin que tenga mayor fundamento la propuesta de los instructores como parámetro a estos efectos, ya que, al igual que la decisión de imposición de la concreta sanción, se trata de un acto volitivo, ajeno a cualquier ponderación, carente de apoyo normativo. Con estos antecedentes no queda otra opción que reducir la sanción impuesta a su grado mínimo, en cuantía de 1 millón de pts, pues no consta prueba alguna, ni menos aun posibilidad de alegación sobre ello, respecto de la posible reincidencia del recurrente, ni se acredita la causación de perjuicios materiales, ni en definitiva se ponderan las circunstancias concurrentes a la luz del citado art. 131 Ley 30/1992.

SÉPTIMO.- 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 la demanda, y reducimos la sanción en los términos que se expresan en el FJ 6 de esta Resolución. No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes.

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