

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 9 DE MARZO DE 1998

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 656/96
Ponente: Dª Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 19 de julio de 1996
Fallo: Desestimatorio

En Madrid nueve de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don I.R.B. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don A.G.J., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de Julio de 1996, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Don I.R.B. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don A.G.J., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de Julio de 1996, solicitando a la Sala declare la nulidad, por no ajustada a Derecho, de la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimo oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el tramite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día cuatro de marzo de mil novecientos noventa y ocho.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en estos autos la Resolución del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 19 de Julio de 1996, por la que se acuerda imponer al hoy recurrente, la sanción de suspensión definitiva de administrador por la comisión de una infracción muy grave

tipificada en la letra a) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984 de 26 de Diciembre, consistente en irregularidades en la contabilidad en el ejercicio de 1994; y sanción de multa de 10.000.000 pesetas por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra a) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984 de 26 de Diciembre, por incurrir en falsedad u omisión en la información que se debe facilitar o publicar, en el mismo ejercicio.

SEGUNDO.- Se imputa por la Administración, como fundamento de la sanción impuesta al recurrente, y resultan acreditados en el expediente administrativo, no siendo negados por éste; los siguientes hechos:

A) "B.F., S.G.I.I.C., S.A.", es una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva. Durante el mes de mayo de 1994 se realizaron por dicha entidad compras a plazo de cuatro referencias de Deuda Pública, cuya valoración no lo fue comparando el precio pactado de realización con los de mercado, lo que provocó una discrepancia importante entre el valor real de la cartera y el que constaba, provocando un defecto de provisiones de 3.875,6 millones de pesetas al 23 de septiembre de 1994. Tal situación se reproduce para determinadas partidas de Renta Fija Privada, adquirida para siete Fondos de Inversión, provocando un total de 1.353 millones de pesetas de minusvalías latentes al 23 de Septiembre de 1994. Respecto de tres Fondos de Inversión, se produce la falta de valoración a precios de mercado de partidas de pagares de empresa y letras del tesoro, causando una minusvalía latente de 541,5 millones de pesetas. Existen cinco Fondos de Inversión para los que adquirió diversas emisiones de Bonos Estructurados que, al no ser valorados correctamente, provocaron un déficit de provisiones por valor de 1.236,8 millones de pesetas.

Tales hechos fueron subsumidos por la Administración en la infracción descrita en el artículo 32.4 a) de la Ley 46/1984 de 26 de Diciembre, que dispone: "Son infracciones muy graves las acciones y omisiones, cualquiera que sea su naturaleza, que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesionen muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración: a) la omisión o falsedad en la contabilidad (...)".

B) "B.F., S.G.I.I.C., S.A." ha remitido falseados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores los estados financieros de los Fondos de Inversión afectados por la incorrecta valoración. Pero además, existieron operaciones realizadas para dos Fondos de Inversión que no fueron incluidos en los estados de información reservada remitidos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por valores nominales de 300 millones de pesetas y 10.000 millones de pesetas.

Estos hechos fueron subsumidos por la Administración en la letra a) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, que establece: "Son infracciones muy graves las acciones y omisiones, cualquiera que sea su naturaleza, que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesionen muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración: a) la omisión o falsedad (...) en la información que se debe facilitar o publicar (...)".

C) El hoy recurrente, según consta en el expediente administrativo, ostentaba amplios poderes de administración de la sociedad, que le venían conferidos por su carácter de

Consejero y Director General de la entidad, desde el 9 de Marzo de 1993 al 19 de Octubre de 1994.

TERCERO.- El artículo 32.5 de la Ley 46/1984, establece, para las infracciones muy graves la sanción de suspensión definitiva de administradores, o, entre otras, multa de hasta 25.000.000 millones de pesetas; habiendo sido impuesta al recurrente, la de suspensión definitiva, por la primera de las infracciones señaladas y multa de 10.000.000 millones de pesetas, por la segunda.

CUARTO.- Articula el recurrente su defensa, sobre la base de la necesaria concurrencia del elemento subjetivo para la imposición de una sanción administrativa. Y así afirma, de una parte, que la forma en que la Administración procede en el supuesto de autos, parte de una responsabilidad objetiva por el resultado, exigiendo del sancionado la prueba de su inocencia respecto a los hechos imputados.

Ciertamente es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, 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, como conoce la parte recurrente, y a ello alude en su demanda, 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 un 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 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 –expresamente previstas en el artículo 14 de la Ley 46/1984-; 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. Los preceptos citados de la Ley de Sociedades Anónimas, son de aplicación por expresa disposición de los artículos 12.2, 16.1 de la Ley 46/1984 que declara la citada Ley de Sociedades Anónimas supletoria de la misma.

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

No se olvide que los administradores se colocan en posición de garantes respecto al funcionamiento de la sociedad, de ahí la necesidad de que todos firmen los documentos que reflejan la situación de la misma; medio éste encaminado a asegurar el conocimiento necesario para valorar la gestión realizada. Como consecuencia de ello, la L.S.A., regula la responsabilidad de los administradores por la gestión social desde dos aspectos, el primero intra societario, frente a los socios, a la sociedad y a los acreedores de ésta –artículo 133-, y otro extra societaria, contemplado en el artículo 89. El primer aspecto responde a una tradicional perspectiva de quien gestiona negocios ajenos y responde de la adecuada gestión, el segundo, responde a la idea de concurrencia de un interés público en el correcto funcionamiento de la gestión societaria. Efectivamente, así lo entendió el legislador –es de suponer que dada la importancia económica del fenómeno societario, que afecta no sólo a intereses individuales, sino también a los colectivos del mercado en el que opera-, cuando expresamente, en el artículo 89 de la Ley, sometió a los administradores, a responsabilidad por las infracciones reguladas en la propia Ley, e igualmente el artículo 32.5 de la Ley 46/1984.

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 este caso la comisión de una infracción

administrativa -, cuando este 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, solo 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.

QUINTO.- Sentado lo anterior, hemos de analizar otros aspectos de la argumentación actora, unos referentes a la tramitación seguida por el expediente administrativo, y otras relativas al fondo de la decisión administrativa adoptada.

A) Se afirma que en el pliego de cargos no se concretaron los hechos y títulos de imputación a cada parte. Sin embargo se definían los hechos que originaron las sanciones, así como la posición dentro de la sociedad ocupada por cada uno de los implicados. En ningún caso se ha producido indefensión para el recurrente, y quedaban claros los elementos esenciales en los que se fundaba la imputación.

La denegación de la prueba es absolutamente irrelevante puesto que los hechos imputados sobre los que la misma versa han sido expresamente aceptados por el actor tanto en vía administrativa, como ahora ante esta Sala. Añadiendo que en el presente recurso se propuso por el actor y practicó por la Sala la prueba que le convino. En relación a la valoración de la prueba por la Administración, tampoco se observa vulneración jurídica alguna, siendo razonable y razonada en la fijación de los hechos.

B) Respecto al fondo de la resolución administrativa, se argumenta de una parte la incorrecta tipificación de los hechos como dos infracciones, toda vez que se trata de hechos únicos, y de otra parte, que se ha tipificado como infracciones muy graves, lo que son infracciones graves.

Pues bien, no es cierto que nos encontremos ante un mismo hecho que ha sido subsumido en dos infracciones distintas. Aunque es cierto que una irregularidad en la contabilidad tendrá necesariamente su reflejo en la información que se remita, no lo es menos que en el supuesto que examinamos la omisión en la información va más allá de las irregularidades contables, puesto que se omitió la información sobre operaciones de 300 y 10.000 millones de pesetas respectivamente, las cuales no han sido detectadas como irregularidades contables.

En lo que hace a la calificación de la infracción como muy grave, encuentra su justificación en el especial peligro que las conductas infractoras representaban para los partícipes y para el sistema financiero, toda vez que, al 23 de Septiembre de 1994 el defecto de valoración llegó a alcanzar un volumen de 6.988,9 millones de pesetas, representando un 3,69% respecto al patrimonio total de los fondos. De ello, como la propia resolución impugnada recoge, resulta la producción de una disminución de la rentabilidad de los partícipes debida a las minusvalías.

SEXTO.- Por último, y respecto a la graduación de la sanción de multa, si atendemos al máximo posible permitido por la norma jurídica, no es en absoluto desproporcionada; y en el caso del actor, la agravación respecto a la impuesta a otros administradores, se justifica en cuanto los amplios poderes recibidos en su calidad de Director General, intensificaban aún más su posición de garante, siendo exigible en mayor medida la actuación diligente cuya omisión fue la causa de la sanción impuesta. No se trata pues de consideración de un aspecto formal como es la posición en la estructura de la sociedad que ocupaba el recurrente, sino de las obligaciones inherentes a dicha posición libremente asumida por el actor.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y confirmación del acto impugnado, por ser conforme a Derecho en los extremos examinados.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don I.R.B. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don A.G.J., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 19 de Julio de 1996, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los extremos examinados, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos en sus propios términos, sin expresa imposición de costas.

Así, por esta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248.2 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.