

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE OCTUBRE DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 3/00
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de noviembre de 1999
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a veinte de octubre de dos mil tres.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don R. S. B. y en su nombre y representación el Procurador SR. Don A. V. G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 18 de noviembre de 1999, relativa a sanción siendo la cuantía del presente recurso de 300.506,05 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por Don R. S. B. y en su nombre y representación el Procurador Don A. V. G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 18 de noviembre de 1999, solicitando a la Sala, declare la nulidad, por no ajustada a Derecho, de la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Reclamando y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en el 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 del plazo legal la Administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendiente de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día ocho de octubre de dos mil tres.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en éstos autos la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 18 de octubre de 1999, por la que se acuerda imponer al hoy recurrente, la sanción de multa de trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 99 q) en relación con la letra a) del artículo 71 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, y que será objeto de análisis a continuación

SEGUNDO.- Se imputa por la Administración, como fundamento de la sanción impuesta al recurrente, y resultan acreditados en el expediente administrativo; los siguientes hechos:

A) Al margen de otras actividades desarrolladas en el sector financiero y consultoría, dos personas en nómina de "S. E., S.A." desarrollaron tareas por cuenta de la entidad, que guardan relación esencial sobre ciertos productos financieros con la Agencia de Valores "A., A.V., S.A." Para la realización de estas actividades "S. E., S.A." no se encontraba habilitada. La entidad dio publicidad a sus actividades mediante folletos informativos en los que se hacía referencia a la comercialización y colocación de títulos de deuda de los LDC.

La actividad referida tuvo su reflejo en la contabilidad de la entidad.

B) El recurrente desempeñaba el cargo de Presidente de la entidad al tiempo de ocurrir los hechos descritos.

El artículo 71 de la Ley 24/1988 se determina como actividad restringida a las entidades constituidas como Sociedad de Valores y Agencia de Valores el ejercicio habitual de actividades relacionadas con los valores bursátiles. De suerte que en tales actividades se engloba la de recibir órdenes de inversores nacionales o extranjeros relativas a la suscripción o negociación de cualquiera valores nacionales o extranjeros y ejecutarlas, si están autorizados para ello, o transmitir dichas ordenes a otras entidades.

La habitualidad en la actividad se entiende siempre que exista actividad comercial, publicidad o de otro tipo tendente a crear relaciones con clientes –artículo 10 del real decreto 276/1989-, circunstancia que concurre en el presente caso, al contar la entidad "S. E., S.A." con una estructura organizativa dirigida a realizar un esfuerzo comercial para la captación de clientes. Al margen de ello, no es discutible que la existencia de una estructura comercial organizada, tiende al desarrollo de una actividad encaminada a la creación de relaciones estables con clientes, pues no otra finalidad puede tener dicha estructura que la de desarrollar una actividad comercial de manera continuada.

TERCERO.- El artículo 99 q) de la Ley 24/1988 tipifica como infracción administrativa muy grave *"el ejercicio o la realización de las actividades u operaciones comprendas en el artículo 71 de esta Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto"*.

La habitualidad viene determinada, como hemos visto, por la existencia de una estructura organizada encaminada al desarrollo de la actividad y la creación de relaciones estables con clientes, pero no solo por ello, como también se ha señalado, sino que a ello se une la nota de publicidad mediante folletos prologados por el recurrente.

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 se afirma que la forma en que la Administración procede en el supuesto de autos, parte de una responsabilidad objetiva por el resultado.

Ciertamente es reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, Tribunales Superiores de Justicia y la propia Sala, en la que se afirma que los principios del Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador. Fuera de toda duda queda la necesidad de la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia; pero en todo caso no es posible la imputación del resultado desde principios objetivo de responsabilidad. Ahora bien, tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad por la inactividad del sujeto, cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante; si bien, en todo caso, también esta conducta omisiva requiera la concurrencia del elemento intencional o negligente.

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

A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A, impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; y a efectos del cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendidos en el objeto social. Pero además, las normas de aplicación determinan un sistema por el cual los administradores pueden controlar la actuación de la sociedad, consistente en la formulación de las cuentas anuales, el informe de gestión y la propuesta de aplicación del resultado, y, en su caso, las cuentas y el informe de gestión consolidados; tales documentos habrán de ser firmados por los administradores, expresando la causa, si alguno no lo hiciere –artículo 171 de la repetida Ley-. Por su parte, el artículo 172, dispone que las cuentas anuales deberán redactarse con claridad y mostrar la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y los resultados de la sociedad.

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

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 títulos 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 y omisión 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 la fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, como parece entender la parte actora, que nos encontremos ante una inversión de la carga de la prueba en orden a la desvirtuación de la presunción de inocencia; bien al contrario, lo que ocurre es que cuando el ordenamiento jurídico coloca a un sujeto en posición de garante, y le encomienda la realización de la actividad necesaria y racionalmente posible, para la evitación de un concreto resultado –en éste caso la comisión de una infracción administrativa-, cuando éste se produce, es obvio que cabe deducir, con arreglo a los criterios de la sana crítica, que la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico no se ha producido, y teniendo en cuenta que el mismo arbitra medios para alcanzar el fin determinado; es también lógico concluir que quien estaba obligado a utilizar esos medios no los utilizó de forma voluntaria. Cuestión distinta es la concurrencia de especiales circunstancias, que hicieran imposible la actuación de quien es garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien alegue.

Nada dice el recurrente en orden a justificar su omisión, nada alega sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar la situación real de la sociedad. Por ello, sólo a su negligencia y dejación de las funciones que le venían encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó directamente a la comisión de las infracciones sancionadas.

QUINTO.- Pues bien, el recurrente era presidente de la entidad "S. E., S.A.", que a través de personas en nómina realizó las operaciones prohibidas –por falta de habilitación para

ello-, por tal razón la posición de garante se ve reforzada dada la posición ocupada en la estructura organizativa de la entidad y como hemos señalado tales operaciones tuvieron su reflejo en la contabilidad de la entidad.

Por último, y respecto a la graduación de la sanción de multa, se ha impuesto en su grado máximo la prevista en el artículo 105 a) de la Ley 24/1988, sin que se razone la concurrencia de circunstancias agravantes –de las referidas en el artículo 14 de la Ley 24/1998-, que justifiquen la imposición en su grado máximo. No se aprecian de la relación de hechos probados, concurrencia de circunstancias que justifiquen la agravación o atenuación de la sanción, por ello ha de imponerse en su mitad inferior, atendiendo al grado de participación del recurrente en la infracción y a la posición ocupada en la estructura oragizativa de la entidad. Por ello procede fijar la cuantía de la multa en 102.172,06 euros.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso.

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 Contencioso Administrativa.

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

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don R. S. B. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don A. V. G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 18 de noviembre de 1999, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en cuanto a la graduación de la sanción, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en tal extremo fijando la cuantía de la multa a imponer en 102.172,06 euros (ciento dos mil ciento setenta y dos euros con seis céntimos), confirmándola en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.