

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE ABRIL DE 2015**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº.:** 694/2011  
**Ponente:** Dª. Ana Isabel Resa Gómez  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de octubre de 2011 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 25 de mayo de 2011.  
**Fallo:** Desestimatorio

**ESTA SENTENCIA SUSTITUYE LA DICTADA CON FECHA 18 DE JUNIO DE 2014 POR LA MISMA SALA Y SECCIÓN Y EN RELACIÓN CON EL MISMO RECURSO Nº 694/2011 (AUTO DE NULIDAD DE ACTUACIONES DE 2 DE MARZO DE 2015).**

Madrid, a veintidós de abril de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 694/2011 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador don V.V.M., en nombre y representación de INVERLAND DULCE S.L., contra la Resolución de fecha 17 de octubre de 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 25 de mayo de 2011 por la que se acuerda imponer al recurrente, miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona SA una multa de 10.000 euros por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del informe financiero anual de 2008 con retraso de 67 días. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 10.000 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO:** El 5 de diciembre de 2011 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional donde fueron turnadas a la Sección Sexta. Admitido a trámite y una vez recibido el expediente administrativo se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo el 22 de mayo de 2012 en el que solicitó *"estime el recurso planteado, anulando la orden ministerial de 25 de mayo de 2011 por la cual se impone a INVERLAND una multa de 10.000 euros por infracción muy grave de la LMV"*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmación de la resolución impugnada.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones y se señaló para votación y fallo el 17 de junio de 2014 en que efectivamente tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Isabel Resa Gómez, Magistrada de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** El acto recurrido es la Resolución de fecha 17 de octubre de 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 25 de mayo de 2011 en la que se sanciona la mercantil la Seda de Barcelona SA y a los miembros del Consejo de Administración por infracción del artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV). En

concreto el actor recurre la orden en relación con la multa de 10.000 euros que se le impone como miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 letra m de la LMV, en relación con el artículo 35.1 de dicho texto legal, por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) del informe financiero anual de 2008 con retraso de 67 días, que es el que transcurre entre el día 30 de abril de 2009, fecha límite según la legislación vigente para remitir a la CNMV el informe financiero anual y el 7 de julio de 2009, fecha en que la entidad efectivamente remitió el mismo.

Estos hechos no son discutidos en las alegaciones presentadas por el recurrente sino que trata de justificar la ausencia de su responsabilidad personal en los mismos, por cuanto entiende que su actuación fue completamente diligente, ya que su negativa a aprobar las cuentas anuales lo fue como consecuencia del ejercicio de sus funciones como administrador, dada la falta de claridad existente en la empresa. Considera que la falta de información, las demoras en la convocatoria del Consejo y las diferentes vicisitudes asociadas al anterior equipo directivo de la compañía, fueron las que convirtieron en baldíos los esfuerzos de Inverland. Con carácter subsidiario entiende que no existen circunstancias que permitan imputar a la actora una negligencia de carácter grave, por lo que en el presente supuesto falta uno de los elementos del tipo infractor.

**SEGUNDO:** El artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores califica como infracción muy grave del mercado de valores *"el incumplimiento de las obligaciones de remisión de la información regulada prevista en el artículo 35, cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido"*.

Dos son los requisitos que se exigen para la imputación de la infracción muy grave: 1) la falta de remisión de la información en los términos exigidos en el artículo 35 que exige que se remita en el plazo máximo de 4 meses desde la finalización de cada ejercicio, en este caso 30 de abril de 2008. 2) que exista ocultación o negligencia grave.

Descartado por la CNMV que exista interés de ocultación, la cuestión a determinar es si se aprecia grave negligencia atendiendo a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. La resolución de la CNMV razona que existe negligencia grave al concurrir ambos requisitos 1) en cuanto a la relevancia de la información que el informe financiero anual conforme al artículo 35 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores comprende las cuentas anuales y el informe de gestión revisado por el auditor y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido que deberán ser firmadas por los administradores, siendo el informe anual la información contable y financiera más importante de las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente al mercado y a los inversores la situación y evolución de su situación financiero-patrimonial, de sus resultados, de su actividad, y de la marcha general de la misma y 2) en cuanto a la demora en que se incurrió señala que el informe financiero se remitió y difundió 67 días desde la fecha de vencimiento del plazo máximo y después de mediar adicionalmente varios requerimientos de la CNMV solicitando su remisión inmediata que resultaron desatendidos. La CNMV en ausencia de dicha información y para proteger el derecho de información del mercado y la protección de los inversores, junto con otros factores acordó con fecha de 5 de junio de

2009 la suspensión cautelar de la negociación en el SIBE de las acciones y otros valores de la seda, suspensión cautelar que se mantuvo incluso con posterioridad a la remisión de la información, no acordándose su levantamiento hasta el 5 de julio de 2010.

Considera la CNMV que ninguno de los administradores de la Seda ha aportado prueba alguna de haber actuado en su momento con la diligencia exigible a fin de evitar la realización de la infracción o que concurra fuerza mayor o caso fortuito, recogiendo la resolución recurrida cual fue la actuación del Consejo de Administración teniendo en cuenta que el plazo para formular las cuentas anuales finalizaba el 31 de marzo de 2009 y el plazo para remitir a la CNMV el informe financiero anual ( IFA) el 30 de abril de 2009.

**TERCERO:** Son datos fácticos a tener en cuenta para la resolución del presente contencioso, los siguientes:

1. Inverland Dulce S.L. a 30 de abril de 2009 era uno de los administradores que componían el Consejo de Administración de La Seda de Barcelona, figurando dada de alta el 17 de diciembre de 2008.
2. La Seda no había remitido el 4 de mayo de 2009 el informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2008, razón por la cual la CNMV requirió a la entidad en dicha fecha para que cumpliera de forma inmediata con la obligación legal incumplida.
3. Con fecha 12 de mayo de 2009 la CNMV remitió un segundo requerimiento a la entidad, exigiendo de nuevo, la remisión inmediata del informe financiero anual.
4. Con fecha 28 de mayo de 2009, la entidad publicó en el BORME la convocatoria de la Junta General Ordinaria de Accionistas.
5. Con fecha 3 de junio de 2009, la CNMV remitió a la entidad un tercer requerimiento exigiendo la remisión inmediata del IFA auditado. Igualmente, se solicitó información acerca de si se habían producido votos en contra en las cuentas formuladas por el Consejo o discrepancias entre las cuentas anuales formuladas y la información pública periódica correspondiente al segundo semestre del ejercicio 2008 o cualquier otra información relevante en relación con las cuentas anuales.
6. Con fecha 7 de julio de 2009, se recibió en la CNMV el IFA del ejercicio 2008 en el que destaca que las cuentas anuales individuales y consolidadas fueron firmadas por todos los miembros del Consejo de Administración, incluida la actora, excepto por tres consejeros, dos por encontrarse ausentes y el tercero porque fue nombrado el 19 de junio de 2009, que se abstiene por su falta de participación y conocimiento suficiente de la gestión de la entidad durante el periodo a que se refieren las cuentas. Además el informe de auditoría incorporaba una limitación al alcance y tres incertidumbres tal y como figura en la relación de hechos probados de la resolución impugnada.

**CUARTO:** El artículo 15 de la Ley 26/1988 de la Dirección e Intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC) al que se remite el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 establece que:

*"1. Quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.*

*2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos:*

*a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones.*

*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".*

En este caso como señala la resolución recurrida ha de apreciarse la falta de diligencia exigible a los miembros del Consejo de la sociedad, puesto que a ellos correspondía promover en su seno el cumplimiento en plazo por la Seda de su obligación de remisión a la CNMV y difusión de la información que aquí se trata.

El artículo 10 del RD 1362/2007 que desarrolla la Ley 24/1988 bajo el epígrafe (responsabilidad del contenido y publicación del informe financiero anual) considera expresamente *"responsables del informe financiero anual a la entidad emisora y sus administradores en cuanto sujetos obligados a formular y firmar las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, y la declaración de responsabilidad de su contenido."*

Como señala el Abogado del Estado, cualquier administrador de una sociedad cotizada conoce la obligación de formular las cuentas en los 3 meses siguientes al cierre del ejercicio y de remitir a la CNMV el Informe Financiero Anual en los 4 meses siguientes.

Debe indicarse que según resulta de la relación de hechos probados:

- El Consejo de Administración de la Seda se reunió durante el ejercicio 2009 por primera vez el 30 de enero de 2009. En el acta levantada de dicha reunión no figura que se hubiera producido ningún tipo de deliberación, ni pregunta de consejero alguno sobre la situación de los trabajos de elaboración de la documentación contable del ejercicio 2008. Se aprueba por unanimidad "convocar las próximas reuniones del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, preferentemente los días correspondientes al primer miércoles siguiente al día 20 de cada mes" (folios 1765 a 1773 tomo V/IX).

- No obstante lo acordado, la siguiente reunión del Consejo tuvo lugar dos meses después esto es el 31 de marzo de 2009 (fecha límite establecida por la LSA para que los administradores de las mercantiles anónimas formulen las cuentas anuales del ejercicio anterior). En dicha reunión el Presidente informa sobre la carta de cese de D<sup>a</sup> HG como miembro del Consejo de Administración y Presidenta del Comité de Auditoría, tras diversas deliberaciones se acuerda el nombramiento de don JLM, como nuevo Presidente del Comité de Auditoría, manifestando el consejero Sr. G. *“que se postula para incorporarse como miembro del Comité de Auditoría, dado que el otro miembro de dicho Comité, el consejero PC S. XXI tampoco asiste a ninguna reunión, ignorándose los motivos”*. Ello producía problemas de quórum para la constitución del Consejo de Administración, (formado por tres Consejeros) pese a lo cual no se adoptó ninguna medida para solventar dicha disfunción.
- En el mes de abril de 2009 no se celebra ninguna reunión del Consejo, aun cuando se había incumplido el plazo para formular las cuentas anuales del ejercicio 2008, siendo previsible en esas circunstancias que el IFA no pudiera remitirse en plazo a la CNMV, sin que se adoptara ningún tipo de medida y sin ejercitar los medios que la Ley otorga a fin de conocer con exactitud las razones por las que no se había cumplido con la previsión legal.
- En la reunión celebrada el 6 de mayo de 2009 (no consta actividad alguna desarrollada por los administradores entre el 31 de marzo y el 6 de mayo) consta en el acta que el punto cuarto relativo al informe financiero anual del ejercicio 2008, se deja sin efecto, por las circunstancias indicadas en las reuniones precedentes, para cuando esté terminado el informe de auditoría y hasta que los auditores emitan su informe de auditoría.
- En el acta de la reunión celebrada el 13 de mayo de 2009, ninguna referencia al tema de las cuentas anuales.
- En el acta de la reunión celebrada el 20 de mayo de 2009 ninguna referencia al tema de las cuentas anuales.
- En el acta de la reunión celebrada el 27 de mayo de 2009, se produce un fuerte enfrentamiento entre los consejeros, por lo que las cuentas del ejercicio 2008 fueron aprobadas gracias al voto de calidad del Presidente.

Por tanto se observa una absoluta falta de actividad tendente a resolver los incumplimientos de la sociedad, al menos, hasta el Consejo celebrado el 27 de mayo. Pero aun cuando considerásemos dialécticamente que en dicha fecha es cuando los administradores empezaron a actuar diligentemente, el plazo para aprobar las cuentas y para la remisión del IFA a la CNMV ya había transcurrido.

**QUINTO:** Señala la actora, al igual que otros consejeros y reiterando lo ya mantenido en vía administrativa que desde el momento de su incorporación al Consejo de Administración de la Seda, 17 de diciembre de 2008, realizó inmediatos esfuerzos por obtener información de la situación de la entidad e imponer mayor transparencia en la

gestión, solicitando de forma reiterada, tanto verbal como mediante correos electrónicos, información sobre el balance, cuenta de resultados y situación de la tesorería y que en la reunión de 31 de marzo de 2009, junto con otros consejeros, se opuso a formular las cuentas de la sociedad a la vista de la deficiente información contable proporcionada y la inducida falta de realización de sus tareas por el Comité de Auditoría, lo que impedía al Consejo formular las cuentas con una mínima garantía de que respondieran a la imagen fiel de la situación económica de La Seda. Dice que nunca fue Consejero que hiciera dejación de sus funciones, ni que dejara transcurrir el tiempo sin hacer nada para la remisión a la CNMV del IFA, fueron la falta de información, las demoras en la convocatoria del Consejo y las diferentes vicisitudes asociadas al anterior equipo directivo de La Seda las que convirtieron en baldíos los esfuerzos de Inverland Dulce SL.

Ahora bien debe precisarse que el Acta levantada con fecha 31 de marzo de 2009 fue aprobada por unanimidad en el siguiente Consejo celebrado el 6 de mayo del mismo año, por lo que la única prueba documental de lo acontecido en dicho Consejo es lo reflejado en el Acta aprobada entre otros por la actora, cuyo contenido ha sido transcrito anteriormente y del que no se refleja una conducta del consejero tendente a corregir la actuación antijurídica respecto del cargo imputado.

Es decir, aun cuando hubiera solicitado información, verbal o escrita, sobre la situación de la entidad o estados de las cuentas, aun cuando su intención hubiese sido remitir en plazo el IFA, tales actuaciones no tuvieron un claro reflejo ni una reacción adecuada, por lo menos, hasta el Consejo de 27 de mayo de 2009 y para entonces, tanto el plazo de cierre de cuentas como el de remisión del IFA a la CNMV ya había transcurrido, sin que en dicho incumplimiento conste que el actor utilizase todos los instrumentos jurídicos a su alcance para corregir la situación contraria. Efectivamente la actora pudo salvar su voto e impugnar el acuerdo social, pudo proponer la celebración de una Junta extraordinaria e incluso cesar de su cargo, pero nada de esto hizo.

De lo acreditado en el expediente resulta que la formulación de las cuentas figura por primera vez en la reunión del Consejo de 31 de marzo de 2009, es decir, el último día del plazo para ello, para retirarse luego del orden del día. Si la diligencia consiste en el *"cuidado, esfuerzo y eficacia que se pone en una cosa"* resulta llamativa la despreocupación por las cuentas del ejercicio que se manifiesta en las actuaciones previas al Consejo de 31 de marzo de 2009, último día del plazo. La diligencia imponía a los miembros del Consejo, un cuidado, esfuerzo y eficiencia en este tema, pues si antes del día del final del plazo hubiera existido esa diligencia que se dice existió, las cuentas se hubieran formulado a su tiempo y el informe remitido a la CNMV dentro del plazo. Si reconoce la propia recurrente que la formulación de las cuentas anuales integrantes del IFA 2008 concurrían determinadas circunstancias complejas que determinaba que existiera un déficit importante en el conocimiento de aspectos financieros y de negocio de la compañía, debía haberse adoptado medidas también especiales dada la previsibilidad de existencia de dificultades en la preparación de las mismas, teniendo en cuenta como el propio recurrente reconoce que el año 2008 dimitieron un total de 10 consejeros que existía un entorno de tensión con extraordinarias dificultades para la obtención de información y una situación de ingobernabilidad de la sociedad. Se pretende culpar de la situación al auditor externo la entidad Horwath Auditores España SL, señalando que no

concluyeron su trabajo a tiempo, pero no consta acreditado que fuera la falta de diligencia en la realización de su informe, el motivo del retraso. Consta que durante el ejercicio 2009 el Comité de Auditoría solo se reunió los días 15 y 25 de mayo, una vez concluido el plazo para aprobar las cuentas anuales y el informe financiero anual, pese a ser el órgano específico para controlar el proceso de elaboración de las cuentas.

Si como afirman, los Consejeros fueran informados en el Consejo de 31 de marzo de 2009 de la dimisión presentada el 19 de marzo por la Consejera y Presidenta del Comité de Auditoría y de la falta de elaboración del preceptivo informe del Comité de Auditoría, no se aprecia que actuaran con la máxima diligencia, ya que no consta se realizara ningún tipo de actividad tendente a conocer los problemas del Comité de Auditoría para cumplir sus funciones y así poder adoptar las medidas correctoras que permitieran mejorar su funcionamiento, ni se investigó las razones por las que la anterior Presidente del Comité había presentado su dimisión. Es más, conocido que uno de los 3 miembros del Comité no acudía a las reuniones, lo que producía problemas de quórum no se adoptó ninguna medida ejecutiva para conocer las razones de su falta de asistencia o para proceder a su sustitución de forma inmediata al objeto de que dicho órgano pudiera realizar las funciones que tiene encomendadas en materia de formulación de cuentas al ser el órgano específicamente encargado conforme al artículo 27 de los Estatutos de revisar la información periódica del proceso de elaboración de la información económico-financiera, entre la que se encuentra los informes financieros anuales. Siendo ese el último día de plazo para aprobar las cuentas anuales, lo único que se acuerda es el nombramiento de un nuevo Presidente del Comité de Auditoría, pero respecto del otro miembro que no asiste, no se adopta ninguna medida contundente sólo se recoge que la actora *"se postula para incorporarse como miembro del Comité de Auditoría, dado que el otro miembro de dicho Comité, el consejero PC.S. XXI tampoco asiste a ninguna reunión ignorándose los motivos"*.

**SEXTO:** El recurrente pretende en su demanda negar que tuviera conocimiento de los requerimientos de la CNMV. En primer lugar, debe decirse que la existencia de los requerimientos de la CNMV no significan el nacimiento a partir de ellos, de la obligación de remitir el IFA. Al contrario, recordando la gravedad de la falta de remisión, la CNMV requiere el inmediato cumplimiento de la obligación hasta en 3 ocasiones. El actor como Consejero conocía perfectamente los deberes de información hacia la CNMV.

Consta en el folio 3331 de la ampliación del expediente mail de fecha 21 de mayo de 2009 remitido a don C.G., representante de Inverland Dulce, por el Secretario del Consejo de Administración en el que se indicaba *"estimados consejeros. Les remito la carta de la Comisión Nacional del mercado de Valores (CNMV) recibida en el día de ayer por al que nos requieren por segunda vez para remitir documentación e información preceptiva, requerimiento que no ha podido cumplimentarse por los hechos de los que son conscientes todos y cada uno de los miembros del este Consejo de Administración. En dicha carta se nos hacen las advertencias legales de la normativa aplicable a nuestra condición de sociedad cotizada"*. Don C.G. se limitó a contestar *"Pues a los efectos oportunos, cúmplanse los requerimientos"*.

**SÉPTIMO:** La responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración, ha sido reiteradamente analizada por esta Sala.

Como doctrina general hemos de recordar lo declarado en nuestra sentencia de fecha 30 de junio de 2006, recurso 443/2004, en cuyo fundamento jurídico cuarto podemos leer:

*"Reiteradísimas veces esta Sala ha tenido ocasión de examinar el fundamento de la responsabilidad infractora de los miembros del Consejo de Administración de una sociedad, por las infracciones administrativas cometidas por dicha sociedad, partiendo de la idea central en Derecho Administrativo Sancionador de que la forma en que la Administración proceda en el ejercicio de facultades sancionadoras, nunca puede suponer la exigencia de una responsabilidad objetiva por el resultado.*

*Ciertamente. Es reiterada la 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 objetivos 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 requiere la concurrencia del elemento intencional o negligente.*

*Tales principios se desprenden de manera clara de la regulación del régimen de las sociedades anónimas:*

*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 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.*

*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 y documentos, 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, 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 quienes garante; pero tales circunstancias han de ser alegadas de forma racional y fundada, por quien omite 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."*

Por otra parte, la STC 154/1994, FJ 3, 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 el sujeto no actúa diligentemente en sus facultades de control.

Es indudable que en el caso de un miembro del Consejo de Administración, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones que impliquen vulneración del ordenamiento jurídico; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la entidad a la comisión de una infracción, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción.

**OCTAVO:** Subsidiariamente, en caso de que no se estimaran los argumentos señalados en los fundamentos anteriores y se considerara responsable al recurrente, entiende éste que la infracción que no existen circunstancias que permitan imputar a Inverland una negligencia de carácter grave.

Confunde el recurrente el planteamiento. La negligencia grave que se exige en el tipo de infracción muy grave 99 m) se debe apreciar respecto de la conducta de la sociedad que es la obligada a remitir el informe financiero anual y conforme a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. Una vez acreditada que la sociedad ha cometido la conducta infractora muy grave puede además declararse responsable de la infracción cometida por la sociedad a los miembros del Consejo de Administración, para lo cual aquí si es necesario examinar la conducta concreta del consejero para determinar si esa conducta es dolosa o negligente. Por lo tanto la falta de negligencia de un consejero no determina el cambio de calificación de la infracción muy grave a grave cometida por la persona jurídica sino que la concurrencia de ese requisito determinará que se le considere responsable o no de la infracción cometida.

No se aprecia se haya vulnerado el principio de proporcionalidad en la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito cuantificación de la sanción conforme a los criterios establecidos en el artículo 14 de la LDIEC al que se remite el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores. Hay que tener en cuenta que la sanción pecuniaria que se puede imponer conforme al artículo 105 de la LMV a los

administradores que sean responsables de la infracción es una multa de hasta 300.500 euros y en este caso la multa impuesta asciende a 10.000 euros, por tanto en su margen inferior que es la misma que la impuesta a los otros consejeros que no tenían encomendadas funciones especiales. El hecho de que el retraso se deba a la intención de los Consejeros de presentar un informe de cuentas anuales que refleje la imagen fiel, no excluye la existencia de responsabilidad ya que como se razona en la resolución recurrida no se adoptó la diligencia debida para presentar las mismas en plazo y ese retraso pudo inducir a error a los inversores a la hora de tomar decisiones en ese periodo teniendo en cuenta que la información remitida por la seda en el informe financiero anual de 2008 discrepa muy sustancialmente respecto de la información de la que disponía el inversor con anterioridad. Por otra parte, precisamente el principio de proporcionalidad se ha matizado en el caso del recurrente ya que el otro miembro del Comité de Auditoría don E. se le impone una sanción de 20.000 euros ya que era consejero desde el 14 de diciembre de 2000.

**NOVENO:** Debe añadirse que cuestiones coincidentes con las ahora planteadas por la actora han sido resueltas, entre otras, por Sentencia de esta Sala de fecha 27 de enero de 2014 en el recurso nº 400/11, seguidas contra otro miembro del Consejo de Administración, cuya actuación fue similar, por no decir idéntica, a la del ahora recurrente, procediendo por aplicación del principio de unidad de criterio desestimar el recurso al igual que ya hiciéramos en el recurso nº 400/11 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada por la ley 37/2011, de 10 de octubre, procede imponer las costas a la parte actora.

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de INVERLAND DULCE S.L. contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 17 de octubre de 2011 a la que la demanda se contrae en la parte que acuerda imponer al recurrente una multa de 10.000 euros, que declaramos ajustada a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no 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.