

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE DICIEMBRE DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 330/1997
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto recurrido: Resolución de la CNMV de 2 de octubre de 1996, confirmada en alzada por Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 27 de enero de 1997
Fallo: Parcialmente estimatoria

Madrid, a 15 de diciembre de mil novecientos noventa y nueve.

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 330/97 seguido a instancia de Don F.G.F., representado por el Procurador Don F.O.S., 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 sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en 2.000.000 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 27-I-97, en virtud de la cual se confirmaba la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), por la que se imponía al recurrente, Director General y Consejero de la mercantil "G. F., SA", como autor de dos faltas graves, dos sanciones de multa de 2.000.000 pts cada una, por infracción en ambos casos del art. 100 j) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La Resolución impugnada se dictó en el seno de un expediente sancionador más amplio, incoado por la CNMV en el que también se exigían responsabilidades por la comisión de faltas muy graves que dieron lugar a otras resoluciones ajenas a este proceso, como consecuencia de los hechos que se declararon probados y que a continuación y en esencia se transcriben:

a) El 20 de septiembre de 1994 se suscribe un contrato entre G. F., S.A. y un grupo de empresas deudoras, no comunicado a la CNMV, por el que un 30% de su total activo pasa a ser "a largo plazo", siendo hasta ese momento a "corto plazo", lo que influye en la capacidad de G. F., S.A. para hacer frente a los pasivos a corto plazo.

b) El 9-3-95 se remitió a la CNMV la información pública correspondiente al 2º semestre de 1994, en la que aparece un fondo de maniobra positivo que no refleja la operación anterior.

c) El 3 I-3-95 el Consejo de Administración de la entidad formula las Cuentas Anuales y el Informe de Gestión en los que no se menciona la operación referida y aparecen divergencias respecto de la declaración de 9 de marzo, como la contabilización de 1.200 millones en conceptos de gastos financieros que producen un resultado negativo en la cuenta de resultados. Estas cuentas no se remitieron a la CNMV ni se informó sobre las divergencias existentes.

d) El 7-6-95, el Consejo de la Entidad, ya con las Cuentas auditadas, convoca Junta General de accionistas para el día 30 siguiente, publicándose la convocatoria en el BORME el día 13. Las cuentas y el informe fueron remitidos a la CNMV el día 29, cuando debían haber sido enviadas el 13.

e) Estas cuentas muestran la existencia de incertidumbre sobre la viabilidad de la Entidad y destacan el Fondo de maniobra negativo y pérdidas contables, al reflejar ya las operaciones descritas anteriormente.

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, tras recordar la teoría general sobre la culpabilidad en el procedimiento sancionador, se basó en las siguientes consideraciones:

a) Infracción del derecho a la presunción de inocencia, y de los principios de responsabilidad subjetiva y personal y non bis in ídem.

El recurrente fue sancionado por el mero hecho de ser Consejero de la empresa y su Director General y se considera un mismo hecho como constitutivo de dos infracciones de la misma norma.

b) Indebida aplicación de la norma sancionadora.

En la resolución se entremezcla lo dispuesto en la letra b del art. 100 de la Ley 24/88, con la letra j del mismo art., ya que se sanciona por no remitir una información, cuando lo realmente ocurrido fue que se remitió con retraso sin que existiera requerimiento previo, conducta que es impune. Se identifica "*falta de información*" con "*información fuera de plazo*", en una interpretación contra legem.

Consta en el expediente que en la documentación correspondiente al segundo semestre de 1994 se produjeron errores y datos inexactos, que fueron advertidos por los auditores de G. F., SA y comunicados posteriormente, el 29-6-95, a la CNMV.

G. F., S.A. cumplió en plazo con los requerimientos sobre información de su situación patrimonial que le fueron formulados, pues la información básica se remitió el 29-6-95 cuando el requerimiento que debía cumplimentarse en 10 días, se formuló el 20 anterior.

Por otra parte, la presunta obligación de las sociedades emisoras de valores de explicar ellas mismas las informaciones objetivas y deducir las consecuencias a que se refiere la OM impugnada, no puede ser confundida con la infracción prevista en el art. 100 j de la Ley 24/88.

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 como hechos indubitados que la operación de renegociación de la deuda de la sociedad G.F., S.A que se practicó en otoño de 1994 no fue comunicada a la CNMV ni en el momento en el que se produjo ni tampoco en la información remitida el mes de marzo de 1995, en la que tampoco se incluyeron unos gastos financieros de mas de 1.000 millones de pts que sí se incluyeron en el balance aprobado posteriormente. Tampoco en la tardía información remitida en el mes de junio de 1995 se advirtió a la CNMV que debían corregirse las diferencias señaladas.

Subraya que la OM de 18-I-91 impone a las Sociedades la obligación de comunicar a la CNMV y a las sociedades Rectoras de Bolsa, las divergencias entre la cuenta anual de la sociedad y su anterior información semestral, por lo que se incumplió una norma que imponía de forma específica esta obligación, que es distinta de la que impone la obligación de remitir la cuenta anual de resultados.

Por lo que respecta a la infracción del principio de culpabilidad, recuerda que la sanción se impone a un Consejero que tiene por razón de su cargo la obligación de velar por el exacto cumplimiento de la obligación reseñada, por lo que existe culpa en su actuación.

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 15 de diciembre de 1999 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 las sanciones impuestas a la persona física recurrente en su calidad de Director General e integrante del Consejo de Administración de la entidad "G.F. SA", 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.

SEGUNDO.- En consecuencia con lo antes expuesto analizaremos por separado las distintas garantías invocadas, deteniéndonos en primer lugar en la relativa al principio de legalidad con un estudio diferenciado de las dos sanciones impuestas, pues en caso de estimarse las alegaciones del recurrente no sería ya necesario pronunciarse sobre las restantes que se centran en la infracción del derecho a la presunción de inocencia e infracción del principio de culpabilidad.

A) En relación a la primera de las irregularidades imputadas, consistente en la falta de remisión a la CNMV por el recurrente de las cuentas anuales, informes de gestión e informes de auditoría, debe decirse que de lo actuado se desprende que efectivamente se infringió el tipo previsto en el art. 100 j de la Ley 24/88 que tipifica como falta grave: *“La falta de comunicación de informaciones a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o a la CMNV en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley y no constituya infracción muy grave con arreglo al art. anterior.”* La tardía remisión de la información requerida por la CNMV al amparo del art. 35 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, no exime de la obligación legalmente impuesta, pues no cabe duda de que ésta debe 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. Así el motivo real en el que se fundamenta la imposición de la sanción no es la falta de remisión de los referidos documentos, sino el haberlo hecho fuera del plazo establecido en la DA 3 del RD 291/92 de 27 de marzo que regula la emisión y oferta pública de venta de acciones, y que coincide, como máximo, con el del día de la publicación en el BORME de la convocatoria de la Junta General de accionistas (la publicación tuvo lugar el 13-6-95 y la remisión se produjo el 30-6-95). Desde los parámetros que rigen el principio de legalidad, ex. Art. 25 CE, resulta inaceptable el razonamiento que se contiene en la demanda para considerar que la conducta descrita no tiene su encaje en el art. 100. j de la Ley 24/88, pues, aunque el citado precepto no contenga habilitación para un desarrollo reglamentario que permita completar el tipo sancionador, ni establezca referencia alguna a la necesidad de cumplimiento de la obligación en un plazo perentorio, éstas exigencias dimanarían del mismo tipo, y lo que han venido a realizar las normas reglamentarias, no sólo no constituye un exceso sobre la previsión legal, sino que al concretar éstas, estableciendo un plazo razonable para el cumplimiento del mandato legal, han incorporado un elemento de certeza y seguridad en la relación jurídica, lo que nos permite descartar la posibilidad de la comisión de la infracción denunciada.

Por lo que a la denunciada infracción del derecho a la presunción de inocencia y principio de culpabilidad respecta, sólo cabe recordar una constante y unánime jurisprudencia que en este sentido destaca que la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención en 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 donde se dice que "Además de la infracción 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 o Directivos, 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. 1512. 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, que ostentaba la doble condición de Consejero y Director General, pretende exonerarse de su responsabilidad con alusión a la existencia de un error invencible sobre el hecho constitutivo de la infracción, o en último caso de prohibición, dada la dificultad interpretativa de los preceptos señalados.

Este razonamiento, olvida que por la propia naturaleza de las funciones que tienen encomendadas, los Consejeros de una sociedad deben estar en posesión de los conocimientos necesarios para gestionarla correctamente, lo que incluye el poder detectar la comisión de irregularidades que merecen la mayor reprobación sancionadora (faltas muy

graves y graves). El hecho, indudable, de que el ejercicio profesional en el Mercado de Valores requiera conocimientos específicos de personal especializado, no sólo no es obstáculo para que los componentes del órgano que representa a la Agencia puedan requerir el asesoramiento legal pertinente, sino que aparece como presupuesto irrenunciable de su actuación.

En segundo lugar, el art. 105 a) de la Ley 24/1988, exige para la imposición de la sanción que en la actuación de los Consejeros exista, al menos, un elemento de culpa, proscribiendo la responsabilidad automática y objetiva que se derivaba de la anterior redacción del precepto. Tampoco ha infringido la O.M. este principio, pues subraya en su redacción que existe una culpa in vigilando de los miembros del Consejo en el desempeño de sus funciones, y este es el título de imputación, que por su propia naturaleza incluye las conductas pasivas o permisivas como las realizadas por los recurrentes y que por ministerio de la ley (art. 15.2 Ley 26/1988), se traducen en la imputación del tipo previsto, en este caso, en el art. 99.i) de la Ley 24/1988.

La STC 154/1994, fj 3, analiza en el ámbito del derecho administrativo sancionador, un supuesto que si bien parte de una base fáctica distinta del sometido a enjuiciamiento, contiene una doctrina plenamente aplicable al caso. Tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades, si no se actúa diligentemente en sus facultades de control. Es indudable que la pertenencia a un Consejo de Administración, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de potestades que se confieren a los nombrados, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones como la enjuiciada; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la Agencia 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. Si a todo lo anterior se añade la condición de directivo del recurrente, se desvanece cualquier duda sobre la exigencia de la responsabilidad que nos ocupa. También, sobre la posible infracción del principio non bis in ídem pues, con independencia de la estimación parcial del recurso, son distintos los valores y fundamentos que justificaron la imposición de las dos sanciones impugnadas.

B) La segunda sanción, también por infracción del art. 100 j se fundamenta en la falta de comunicación a la CNMV de las divergencias existentes entre la información correspondiente al 2º semestre de 1994 y las cuentas anuales auditadas, obligación impuesta por la disposición cuarta de la OM de 18-I-91. Nuevamente nos encontramos con una cuestión similar a la expuesta anteriormente, aunque agudizada en el presente caso la cuestión relativa a la falta de cobertura legal del precepto reglamentario. La propia argumentación contenida en la Orden impugnada, pág. 21, pone de manifiesto que la concreción de la conducta ilícita figura en la OM de 18-I-91, sin que el contenido de la misma en este sentido cuente con habilitación legal de tipo alguno, pues a lo sumo, el art. 35 de la Ley 24/88 faculta para la concreción reglamentaria del contenido de las informaciones que deben remitirse, pero no para completar el tipo sancionador en el

sentido de la resolución impugnada, pues nada se dice en el art. 100 j de la obligación de remitir las divergencias reclamadas, imposición que impone no la Ley 24/88 sino una OM. Este último dato, por otra parte, pone de manifiesto la debilidad de la construcción jurídica de la Orden impugnada, pues como vimos anteriormente, según se indicaba en la citada resolución, la diferencia entre la infracción del art. 100 b y 100 j radicaría en que en el segundo caso la obligación de remisión documental estaría directamente impuesta por la Ley 24/88, lo que como vemos, no ocurre en este caso. Por último debe destacarse que es la propia OM de 18-I-91 la que señala que el incumplimiento de las obligaciones que en la misma se contienen supone una infracción del art. 100 j de la Ley 24/88, manifestación del todo punto improcedente, ya que, en todo caso, sólo corresponde al legislador realizar ese pronunciamiento.

TERCERO.- 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 anulamos el acto impugnado en lo que a la imposición de la primera sanción respecta, manteniendo la descrita en el FJ 2.B) 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.