

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE FEBRERO DE 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 403/2011
Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a dieciséis de febrero de dos mil quince.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido don JSP, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. LAL, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, siendo la cuantía del presente recurso 20.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por don JSP, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a LAL, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resoluciones impugnadas.

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 estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día diez de febrero de dos mil quince.

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 autos las Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 por la que se impone al recurrente la multa de 20.000 euros por la comisión de la infracción tipificada en el artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. El acto recurrido sanciona a la mercantil La Seda de Barcelona SA y a los miembros del Consejo de Administración en aplicación del artículo 35.1 de la Ley

24/1988, en relación con el antes señalado artículo 99 m) de dicho texto legal, por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores 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.

Son hechos relevantes los siguientes: El 4 de mayo de 2009, la entidad La Seda de Barcelona S. A., no había emitido aún, el Informe financiero anual correspondiente al ejercicio de 2008, por lo que fue requerida a tal efecto por la CNMV. El 12 de mayo siguiente la CNMV emitió un segundo requerimiento, subrayando la entidad, el 27 de mayo de 2009, que en sesión de la misma fecha, el Consejo de Administración de La Seda, convocaba Junta general ordinaria de accionistas, a celebrar el 29 de junio siguiente. El 3 de junio de 2009, la CNMV remitió a la recurrente un tercer requerimiento, a los efectos indicados. El 7 de julio de 2009, la CNMV recibió el informe financiero anual del ejercicio de 2008, en el que se observa que su aprobación no lo fue por unanimidad, y que el auditor puso de manifiesto una limitación al alcance por falta de acceso a documentación en relación con el período de 7 de abril al 26 de junio de 2009, y una incertidumbre sobre la capacidad del grupo para liquidar los pasivos. Por otra parte existen discrepancias entre las cifras presentadas en la información financiera periódica del segundo semestre de 2008, las cuentas anuales formuladas y no auditadas publicadas el 5 de junio de 2009 y el informe financiero anual.

Estos hechos no son discutidos por el recurrente.

SEGUNDO: Esta Sala ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de la Orden aquí impugnada, enjuiciando las diversas sanciones impuestas a la entidad La Seda de Barcelona S.A. y a los miembros del Consejo de Administración. Recordaremos los aspectos esenciales del análisis realizado en tales sentencias.

La sentencia de fecha 27 de enero de 2014, recurso 350/2011, declara:

"SEGUNDO: El artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (en adelante CNMV) 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.

1. El Consejo de Administración de la Seda se reunió durante el ejercicio 2009 por primera vez el 30 de enero. 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)

2. 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 formen las cuentas anuales del ejercicio anterior. En dicha reunión no consta comentario ni referencia alguna al probable incumplimiento de la remisión del informe financiero anual a la CNMV antes de la fecha límite 30 de abril de 2009 (folio 1774 a 1785) teniendo en cuenta que no se pudieron aprobar en dicho Consejo las cuentas anuales cuyo plazo finalizaba ese mismo día, al hacer referencia el Presidente que existía una carta de D^a. L. de 19 de marzo de 2009 en la que comunica su cese como miembro del Consejo de Administración y Presidente del Comité de auditoría.

3. En el mes de abril de 2009 no se celebra ninguna reunión del Consejo.

4. En la reunión celebrada el 6 de mayo de 2009 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 (folios 1786 a 1802).

5. En el acta de la reunión celebrada el 13 de mayo de 2009, ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1801 a 1805).

6. En el acta de la reunión celebrada el 20 de mayo de 2009 ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1806 a 1822).

7. En el acta de la reunión celebrada el 27 de mayo de 2009 se acuerda por mayoría formular las cuentas anuales del ejercicio 2008 (folios 1824 a 1849).

8. En fechas 4 y 12 de mayo y 3 de junio de 2009 la CNMV requirió a la Seda de Barcelona, la remisión inmediata del informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2008.

9. En fecha 7 de julio de 2009 tiene entrada en la CNMV el informe financiero anual 2008 con las características que se señalan en el folio 3610.”

En nuestra sentencia de 25 de febrero de 2014, recurso 402/2011, decíamos:

“SEGUNDO: La recurrente, que no niega los hechos declarados probados, alega en primer lugar que la responsabilidad derivada de los mismos debe imputarse exclusivamente al Presidente de su Consejo de administración, pues fue éste, en su condición de primer ejecutivo de la compañía, el que, empleando todos poderes inherentes a su cargo y con ocultación de los hechos a la sociedad, vulneró las obligaciones establecidas en la LMV relativas al envío en plazo del informe financiero anual.

No podemos compartir este planteamiento y compartimos, por el contrario las tesis que al efecto sustenta la Abogacía del Estado. El punto de partida de nuestro razonamiento es el de que en una sociedad anónima no puede identificarse la entidad, exclusivamente con el cargo de Presidente de su Consejo de administración. Una simple lectura de los artículos 127 y 171 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, texto vigente cuando se desarrollan los hechos enjuiciados, pone de manifiesto, por un lado, el deber general de diligencia exigible a los administradores de la sociedad y por otro, la específica obligación de formular en el plazo establecido las cuentas anuales de la misma. Esta tarea se encomienda directamente a los administradores para que éstos, puedan hacer efectiva la obligación que el artículo 35.1 de la Ley 24/1988 impone directamente a la sociedades emisoras en orden a presentar el informe financiero anual en los precisos términos que se indican en dicho precepto.

En estas circunstancias, el relato que nos ofrece el Abogado del Estado es suficientemente ilustrativo y acreditativo de la desidia de los administradores y en consecuencia de la sociedad a este respecto. Así, podemos constatar que en el acta del Consejo de administración de la recurrente de 30 de enero de 2009, no figura ninguna mención respecto a la planificación necesaria para presentar el referido Informe, que como la recurrente nos indica, requiere el empleo de tiempo y medios importantes y para lo que la sociedad cuenta con un plazo máximo de 4 meses a contar desde la finalización del ejercicio (en ese momento le estaban, pues, 3 meses). Resulta muy llamativo, en orden a valorar el grado de diligencia de los administradores, que, el 31 de marzo de 2009, último día de plazo para formular las cuentas anuales, la sociedad y sus administradores tengan noticia, por primera vez, de que el trabajo del comité de auditoría había estado bloqueado en los primeros meses de 2009.

A partir de este momento se constata, por una parte, una cadena de requerimientos formulados por la CNMV (4 y 12 de mayo y 3 de junio), y por otra, el silencio y pasividad de la

recurrente y de sus administradores, hasta la reunión de 27 de mayo de 2008 en la que se aprueban las cuentas anuales, y tras una serie de reformulaciones en las mismas y retrasos en la elaboración de la auditoría externa, llega el Informe Financiero Anual a la CNMV, el 7 de julio de 2009, con 67 días de retraso.

Este retraso es imputable a la sociedad en la medida en que no adoptó las medidas necesarias en tiempo oportuno. A estos efectos resulta esencial la valoración del silencio más absoluto de sus Consejeros en la reunión del Consejo de 30 de enero de 2008 y la total falta de reacción del mismo hasta el 31 de marzo siguiente, último día de plazo para formular las cuentas anuales. Resulta particularmente sintomático, que la recurrente justifique el desconocimiento de la existencia de los requerimientos formulados por la CNMV, en el hecho de que los recibía su Presidente y sin embargo, ante el carácter habitual de esta forma de proceder por parte de la CNMV, ninguno de los Consejeros preguntara por la existencias, lógica y esperable de los mismos, o se pusieran en contacto con la CNMV al efecto de aclarar la situación.

El hecho de que con posterioridad al 31 de marzo, los Consejeros de la recurrente fueran más o menos diligentes en la adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación impuesta por el artículo 35.1 de la LMV, en modo alguno puede disculpar su falta de diligencia previa, y por ende de la sociedad, que se concentra justamente en los tres primeros meses del año 2009, momento en el deberían haber concentrado su acción como Consejeros en la elaboración de dichos documentos.

No resulta necesario repetir en este momento la importancia que tiene el cumplimiento, en plazo, de la obligación impuesta por el artículo 35 de la LMV, pues es constante y reiterada la jurisprudencia recaída en dicho sentido. La credibilidad del sistema financiero se vincula, en una de sus manifestaciones esenciales, a la protección eficaz de los intereses de los inversores, por encima incluso del de las emisoras, y en este sentido es muy ilustrativo el punto 15 de la Exposición de Motivos de la LMV, que subraya, de forma insistente, el papel esencial que juega la recepción de información por parte del supervisor. Esta información debe ser veraz, remitirse de forma ordenada, y en los plazos establecidos, justamente para poder hacer efectiva la razón por la que esta obligación se impone y poder comunicar al mercado, y en consecuencia a los inversores, de forma ordenada y en el momento en que justamente se espera la información, necesaria, para que éstos puedan adoptar las medidas de inversión o desinversión que estimen oportuna."

En relación con la gravedad de la infracción, la antes citada sentencia de 25 de febrero de 2014, afirma:

"CUARTO: La tercera cuestión planteada por la recurrente se refiere a la calificación de la sanción, pues estima que, en caso de considerar procedente la sanción, ésta no merecería el reproche de muy grave, sino el de grave prevista en el artículo 100.j) de la LMV.

No podemos compartir las tesis de la recurrente, pues, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para la calificación de la conducta descrita y acreditada como de infracción muy grave, prevista en el artículo 99.m) de la LMV, por las razones que se exponen a continuación:

1º El retraso de la recurrente en cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 35 de la LMV, es la consecuencia de su negligencia grave en la observancia de sus obligaciones, pues frente a las circunstancias en las que basa su descarga de responsabilidad, ocultación de información por parte del Presidente de la entidad y el trabajo deficitario realizado por el auditor externo, destaca el hecho de que la preocupación y actividad de la sociedad, es decir de los restantes Consejeros para dar cumplimiento a esta obligación capital, comienza el último día de plazo para presentar dicho informe, sin que en las reuniones previas a dicha fecha, 31 de marzo de 2009, conste en la actas del Consejo la más mínima referencia al estado de los trabajos en orden a garantizar dicho cumplimiento. La sociedad no debe empezar a preocuparse por el estado de elaboración de la referida documentación una vez vencido el plazo de cumplimiento de la obligación, sino al contrario, debe poner todos los medios para que en la fecha prevista la documentación esté preparada lo que exige un deber de diligencia, cuidado y previsión que incluye la eventualidad de que surjan problemas que requieran una intervención más precisa y enérgica por parte del Consejo, siempre antes de la fecha indicada y no después, como en el presente caso.

2º. El cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 35 LMV, debe hacerse en el plazo establecido, aspecto que la recurrente relativiza, pero que cobra la mayor importancia cuando se trata de informar al mercado del estado financiero de las entidades cotizadas, para que puedan adoptar las medidas de inversión que estimen oportunas. La importancia de remitir la información en el plazo y las consecuencias que pueden derivarse de este incumplimiento, las pone de manifiesto la resolución recurrida en su FJ 6, cuando recuerda que, como consecuencia entre otros factores de dicho incumplimiento, que afecta a uno de los pilares del sistema como es el derecho de información del mercado y la protección de los inversores, la CNMV debió proceder, el 5 de junio de 2009, a la suspensión cautelar de la negociación en el SIBE de las acciones y otros valores de la recurrente, situación que se mantuvo hasta el 5 de julio de 2010.

La recurrente no puede escudarse en el argumento de que la remisión en plazo de la información no era relevante y que el aspecto que debe primar, es la remisión de información veraz y contrastada aunque se envíe de forma tardía, pues ya se ha expuesto la razón por la que la información debe remitirse en plazo, sin perjuicio de dejar constancia de que si, por respetar el plazo, la sociedad remite información que no es veraz, la responsabilidad en la que podría incurrir, así como la de sus Consejeros, sería aún mayor.

3º La invocación del principio de proporcionalidad, no tiene entidad para desvirtuar la calificación de la conducta como infracción muy grave, ya que la misma deriva de la acreditación de los elementos del tipo en la forma que ha quedado determinada. Sus consecuencias y eventual aplicación se analizarán en el FJ siguiente.”

En relación a la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración, afirmábamos en nuestra sentencia de 27 de enero de 2014, ya citada:

“TERCERO: El artículo 15 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito (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 al que seguimos en sus razonamientos 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 Interés Financiero Anual (IFA) en los 4 meses siguientes.

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" (diccionario Casares) 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. 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 a ese otro miembro que no asiste no se adopta ninguna medida contundente solo se recoge que uno de los consejeros manifiesta "que se postula para incorporarse como miembro del Comité de Auditoría, dado que el otro miembro de dicho Comité, el consejero P.C.S. XXI" tampoco asiste a ninguna reunión ignorándose los motivos".

Todas las reflexiones recogidas en las sentencias anteriores son asumidas en esta Resolución,

TERCERO: Entraremos ahora en el análisis de las alegaciones actoras.

La recurrente centra su defensa en dos aspectos: a) ha sido sancionada como miembro del comité de auditoría sin considerar la Administración que el mismo se componía de dos miembros más, b) desplegó la diligencia exigible en cuanto el 13 de agosto de 2009 puso los hechos que afectaban a La Seda de Barcelona en conocimiento de la Fiscalía anticorrupción y remitió a la CNMV el informe de KPMG; y el 5 de febrero de 2009 solicitó de la CNMV una OPA obligatoria sobre el grupo portugués que tenía el control de La Seda.

Como resulta de la Orden impugnada, el recurrente fue sancionado como miembro del Consejo de Administración, si bien se considera que su condición como miembro del comité de auditoría justifica una agravación de la sanción, al formar parte del órgano que tenía específicamente encargada la elaboración del informe que debía aprobar el consejo, lo que implica una especial responsabilidad en la vigilancia del proceso.

No es pues el carácter de miembro del comité de auditoría el que determina la exigencia de responsabilidad, sino el carácter de miembro del Consejo de Administración, si bien esta responsabilidad se ve exigida de forma más intensa al recurrente, por tener encomendadas funciones específicas de vigilancia en relación con la omisión de la entidad que dio origen a la sanción. Desde este punto de vista es irrelevante que existan otros miembros del comité de auditoría, pues ello no exime al recurrente de sus responsabilidades como integrante del Consejo de Administración, ni disminuye su

responsabilidad específica en relación a una especial vigilancia de las actividades auditoras.

En relación a la información transmitida a la Fiscalía Anticorrupción y a la CNMV el 13 de agosto de 2009, tal como se afirma en la demanda, lo cierto es que a la fecha señalada por el recurrente de tal comunicación, ya se había producido la infracción objeto de autos, pues se había superado el plazo máximo para la remisión de la información, plazo que concluía, como hemos visto, el 30 de abril de 2009.

En relación a la solicitud de una OPA obligatoria el 5 de febrero de 2009, no guarda relación con los hechos constitutivos de la infracción.

Concretamente en relación a la elaboración de los documentos sobre los que habría de informarse a la CNMV, el recurrente no ha demostrado haber desplegado la diligencia exigible, y, más aún, perteneciendo a un comité encargado de su elaboración. No se especifican en la demanda, las razones que, en contra de su voluntad, le impidieron la elaboración de los documentos, ni se determinan las medidas directas adoptadas ante la pasividad del consejo de Administración.

Las actuaciones señaladas por el recurrente no inciden en los hechos que dieron origen a la sanción, y frente a los cuales pudo adoptar medidas tanto en el seno del comité de auditoría como en el Consejo de Administración.

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 hiciera - 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, 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 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."

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.

Por último, y en relación a las alegaciones sobre la actuación de los instructores del expediente, la recurrente no aporta ni un solo documento o prueba que sustente sus afirmaciones –la interposición de una querrela no es elemento suficiente para entender cometida una infracción penal -.

De los fundamentos expuestos resulta la desestimación del presente recurso.

No procede imponer costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011.

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 JSP, y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. LAL, frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin imposición de costas.

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.