

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE JULIO DE 2004

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 893/01
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía de 12 de diciembre de 2000
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de julio de dos mil cuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don. J. M. A. G., y en su nombre y presentación la Procuradora Dña. D. P. G. Y., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía de fecha 12 de diciembre de 2000, siendo la cuantía del presente recurso de 300.506.05 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Don. J. M. A. G., y en su nombre y representación la Procuradora Dña. P. G. Y., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía de fecha 12 de diciembre de 2000, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

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

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

TERCERO.- Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, la Sala dio por conclusas las actuaciones omitiendo un pronunciamiento sobre tal petición y sobre conclusiones; si bien no consta recurso de súplica ni frente a la providencia de 7 de enero de 2003 (notificada a la representación de la actora el 10 de enero de 2003) por la que se declaraban los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, ni frente a la providencia de 7 de julio de 2004 por la que se acordaba el señalamiento para el día 14 de julio de 2004, por lo que la Sala entiende desistida por la actora su petición de recibimiento a prueba y posteriores conclusiones. Se acordó el señalamiento para votación y fallo el día catorce de julio de dos mil cuatro.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en éstos autos la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía, de fecha 12 de diciembre de 2000, por la que se acuerda imponer

al hoy recurrente, la sanción de multa de trescientos mil quinientos seis euros con cinco céntimos, como consecuencia de la comisión de una infracción tipificada en el artículo 99 q) en relación con la letra a) del artículo 71 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, y que será objeto de análisis a continuación.

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

A) Al margen de otras actividades desarrolladas en el sector financiero y consultoría, la entidad "G. C., S.A." desarrolló tareas de captación de clientes para "F. I. H." y transmisión de ordenes, en relación a cuatro de los siete clientes con los que contaba al tiempo de levantar el acta de constancia de hechos, que guardan relación esencial sobre ciertos productos financieros sobre los que versaban las ordenes de compra y venta emitidas en virtud de apoderamientos de los clientes. La actividad referida tuvo su reflejo en la contabilidad de la entidad.

B) El recurrente desempeñaba el cargo de apoderado del administrador único de la entidad al tiempo de ocurrir los hechos descritos.

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

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

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

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

CUARTO.- Articula el recurrente su defensa, sobre la base de la necesaria concurrencia del elemento subjetivo para la imposición de una sanción administrativa. Y así se afirma

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

Ciertamente es reiterada 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 internacionalidad, 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.

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

A) Expresamente el artículo 127 de la L.S.A., impone a los administradores de la sociedad, desempeñar su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y un representante leal; y a efectos de cumplimiento de sus funciones, en orden a una correcta gestión, el artículo 129 les reconoce una representación que se extiende a todos los actos comprendido 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, expresado 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; quines tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordena 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 encontramos ante una responsabilidad objetiva en el seno del Derecho Administrador Sancionador, sino que la imputación que se realiza a los administradores lo es, al menos, a titulo de culpa, ya que al no desplegar la diligencia necesaria y exigible en el ejercicio de sus funciones, causaron, ya sea en concurrencia con actuaciones positivas de otros, la comisión de la infracción sancionada por la Ley.

Obviamente, el elemento de acción y 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 sentando que los administradores tienen la obligación de actuar en beneficio de la sociedad y de su correcta gestión adoptando las medidas necesarios a tal fin; cuando una sociedad incurre en la conducta prohibida, el administrador, para eludir su responsabilidad, habrá de, al menos alegar, aportando hechos concretos, que efectivamente actuó tratando de esclarecer y resolver la actuación prohibida, o bien que no lo hizo por concurrencia de fuerza mayor o caso fortuito. Y ello no supone, como parece entender la parte actora, que nos encontramos 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 critica, 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 quién omitió la conducta expresamente impuesta por la norma jurídica; y ello, porque tales circunstancias suponen una justificación de la omisión del comportamiento debido, cuya prueba corresponde a quien la alegue.

Nada dice el recurrente en orden a justificar su omisión, nada alega sobre el desempeño de una actividad, más o menos intensa, encaminada a comprobar la situación real de la sociedad. Por ello, sólo a su negligencia y dejación de las funciones que le venían

encomendadas por la Ley, es atribuible el comportamiento omisivo que coadyuvó directamente a la comisión de las infracciones sancionadas.

No es admisible la argumentación en cuanto que el apoderamiento lo era solo de carácter formal, pues las facultades se habían otorgado con los requisitos legales, creaba una apariencia jurídica frente a terceros y el recurrente pudo ejercer efectivamente las facultades de las que disponía o renunciar a ellas, pero quien admite un apoderamiento asume las responsabilidades que le son implícitas.

QUINTO.- Hemos de examinar otras argumentaciones actoras:

1.- En cuanto a la prueba de la recepción de ordenes de venta y compra de títulos así como la recepción de sumas económicas relativas a tales operaciones resultan de lo actuado en el expediente administrativo, siendo aceptable la prueba indiciaria, cuando por los demás, el actor bien pudo acreditar la procedencia de las sumas en las cuentas bancarias de la entidad, como apoderado que es de la misma, teniendo por ello facultades para controlar y conocer el estado de cuentas de la entidad.

2.- En cuanto a la aplicación de la nueva Ley 37/1998, carece la nueva regulación de trascendencia pues la conducta imputada ya venía tipificada en la regulación anterior, por lo que el periodo de adaptación es irrelevante a los efectos sancionadores que nos ocupan.

3.- Por último, y respecto a la graduación de la sanción de multa, se ha impuesto en su grado máximo la prevista en el artículo 105 a) de la Ley 24/1988, según se afirma en la propia Resolución por lo que es necesaria la apreciación de la concurrencia de circunstancias agravantes –de las referidas en el artículo 14 de la Ley 24/1998-. Efectivamente, la Administración justifica la imposición de la sanción en su grado máximo al apreciar la actuación de manera dolosa, pues se requirió a la entidad del cese de las actividades al señalar que las mismas se realizaban sin la debida autorización, sin que tal requerimiento fuese atendido. Tal actitud demuestra no solo el pleno conocimiento de la irregularidad, sino la intención de persistir en ella.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por promovido Don. J. M. A. G. y en su nombre y representación la Procuradora Sra. Dña. P. G. Y., frente a

la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía de fecha 12 de diciembre de 2000, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

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