

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE ABRIL DE 1998**

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

Recurso nº: 884/95  
Ponente: D. José Guerrero Zaplana.  
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de julio de 1995.  
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a 23 de Abril de 1998.

Vistos por la Sala citada al margen el Recurso numero 884/95 interpuesto por Don J.S.R., representado por el procurador Sr. Don J.P.V.R., contra la resolución dictada por Ministerio de Economía y Hacienda referida a imposición de sanción, habiendo sido parte el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso ha sido fijado en 3.500.000 pts.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo mediante escrito presentado ante esta sala contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando la estimación del recurso y la consiguiente anulación del acto recurrido.

SEGUNDO.- La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- Al no haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuó este trámite en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

QUINTO: Con fecha 22 de Abril se celebro el acto de votación y fallo de este recurso, quedando el mismo visto para sentencia.

Ha sido ponente del presente recurso el Magistrado Ilmo. Sr. JOSE GUERRERO ZAPLANA.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso administrativo frente a la Orden Ministerial de fecha 25 de Julio de 1995 por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a "G.I.P. S.A., S.G.C."; a Don C.T.S., Don P.N.T., Don C.P.C. y a Don J.S.R..

La resolución recurrida, por lo que afecta al ahora recurrente, le impone cuatro sanciones por infracción de la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores que sanciona el ejercicio habitual de actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de la Ley (que recoge las actividades que pueden realizar las sociedades de bolsa) por

entidades o personas no habilitadas para ello; hay que partir de la base de que el artículo 76 d) de la misma Ley solo permite a las sociedades gestoras de cartera "la gestión de carteras de valores de terceros en cuyo caso no podrán negociar por cuenta propia con el titular de los valores"; en base a lo anterior, las sanciones se imponen por haber realizado las siguientes actividades prohibidas, todas ellas sin contar con la debida habilitación:

- inversión por cuenta propia en deuda pública con pacto de recompra (repos).
- colocación de acciones entre sus clientes. (71 c))
- gestión y comercialización de fondos de inversión (71 b)).
- inversión por cuenta propia de pagarés de ESABE por importe de 186 millones.

SEGUNDO.- Es un dato esencial en esta Sentencia, la consideración de que la parte recurrente no ha negado de ningún modo los hechos en que se basa la Orden Ministerial recurrida para considerar que existen conductas sancionables: es decir, no ha negado el que los hechos tengan encuadre en los tipos sancionadores aplicados por la resolución recurrida; la línea argumental de la demanda consiste en decir que el ahora recurrente no tiene responsabilidad en esos hechos que no niega.

La demanda se basa en que el recurrente era el Secretario del Consejo de Administración y que los hechos por los que se imponen las sanciones se refieren a inversiones individuales que no se trataban en las reuniones del Consejo, en las que solo se ocupaban de las grandes líneas de actuación de mercado y de las cuentas de la sociedad. Además, considera que no existen pruebas contra el recurrente y que se le sanciona por no haber llegado a probar su inocencia.

Alega la violación del principio de igualdad tanto en lo que se refiere a que en otros supuestos no se ha sancionado a todos los Consejeros como en lo que se refiere a que a otro Consejero, Don P.N., se la han impuesto sanciones de menos importe cuando sus circunstancias son idénticas.

TERCERO.- Examinada la fundamentación jurídica de la demanda, hay que partir de la base de la conformidad en una serie de afirmaciones que allí se contienen: la aplicación al derecho administrativo sancionador de los mismos principios básicos que resultan también aplicables al derecho penal; la no existencia de responsabilidad objetiva para fundamentar una sanción cometida por una entidad mercantil, como es una sociedad gestora de carteras; consecuencia de la afirmación anterior, es la aceptación, también, de que no pueden imponerse de modo automático sanciones a todos los miembros de un Consejo de Administración por el hecho de que se aprecie una conducta sancionable en la propia compañía. Ahora bien, la conformidad en esas manifestaciones, no puede acarrear la conformidad en las conclusiones jurídicas que extrae la parte recurrente.

Precisamente por ello, debería aceptarse también por la parte recurrente la jurisprudencia constitucional que permite declarar a los administradores ó a los miembros de los Consejos de Administración responsables de las infracciones cometidas por las compañías a las que pertenecen. La Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de Marzo de 1993 estableció que:

*"La constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal (STC 150/91); y este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida que la sanción de dicha infracción es una manifestación del *ius Puniendi* del Estado, resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o *sin culpa* (STC 76/90). Ahora bien, el principio de personalidad de la pena o sanción, no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas reconociéndoles capacidad infractora (STC 246/81)".*

La personalización de la responsabilidad en los directivos o miembros de los consejos de administración no supone que no se exija respeto al principio de culpabilidad dentro del derecho administrativo sancionador; Así lo expuso la STC 254/93 de 20 de Julio a propósito del artículo 15 bis del Código Penal (y cuya doctrina es aplicable, con las debidas cautelas al derecho administrativo sancionador) *"Este precepto no vino a introducir en modo alguno una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminadamente y automáticamente siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar cuales han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario a la presunción de inocencia. (...) No cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos como la culpabilidad en relación con los mismos".*

CUARTO.- En cuanto a la responsabilidad del recurrente como miembro del Consejo de Administración hay que decir que no se puede considerar a los consejeros como participantes meramente formales en las decisiones que toma el propio consejo del que forman parte; la Ley de Sociedades Anónimas atribuye a los miembros de los consejos de administración una serie de responsabilidades y misiones que no pueden ser ignoradas a la hora de determinar la responsabilidad.

El artículo 133 de la Ley de Sociedades Anónimas establece la responsabilidad de los administradores por todos los actos realizados sin la debida diligencia, estableciendo que la responsabilidad se mantiene salvo que no hubieran intervenido en la adopción del acuerdo o no lo hubieran conocido, o hubieran hecho lo posible por evitar el daño ocasionado por el acuerdo. Además (artículo 141) se establece que, para algunos actos como la rendición de cuentas y la presentación de balances, hay una responsabilidad total del Consejo de Administración (art. 171) sin posibilidad de delegar en un Consejero Delegado.

El artículo 106 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores prevé, en casos de entidades como de la que forma parte el ahora recurrente, que se puedan imponer sanciones a quienes ejerzan cargos de administración y sean responsables de la infracción. En el mismo sentido se pronuncia el artículo 15 de la Ley 26/88 sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que también prevé la posibilidad de considerar responsables e imponer sanciones a los administradores o miembros de los Consejos de Administración salvo en los supuestos en que se acredite no participación o que las infracciones hayan sido cometidas en exclusiva por las comisiones ejecutivas o consejeros delegados.

Por tanto, toda la argumentación del recurrente en el sentido de que se había invertido el orden normal de carga de la prueba y que se le había sancionado al no haber probado su inocencia, queda sin sentido y ello pues es el mismo artículo 15 de la Ley 26/88 el que hace recaer sobre los miembros de los órganos colegiados de administración la prueba de que no son responsables de las infracciones cometidas por las entidades de las que forman parte.

En cualquier caso, lo cierto es que la imputación a un miembro del Consejo de Administración podrá hacerse, como en este caso, a título de culpa (no de dolo) y ello por no haber adoptado las medidas a su alcance para evitar la situación que dio lugar a la imposición de la sanción que se recurre; se produce así una peculiar alteración de la carga de la prueba: la Administración prueba la infracción (que no se ha negado en la demanda) y la participación del Consejo de Administración en la adopción de las decisiones que llevaron a dicha situación; por contra, al recurrente le correspondía haber acreditado las medidas que adoptó para evitar la situación que ocasionó la imposición de la sanción. No puede aceptarse que un integrante del Consejo de Administración, (con la obligación de honorabilidad personal y profesional que le impone el R.D.1393/90 así como con los conocimientos y experiencias adecuados a la actividad a desarrollar por estas entidades) pueda ser ajeno a unas operaciones de notable importancia para la sociedad puesto que:

- respecto de la colocación de valores y gestión de fondos suponen unos ingresos por comisiones que importan el 50% de los beneficios de la sociedad; y
- respecto de la inversión en pagares de ESABE compromete buena parte de los recursos propios de la sociedad.

No puede entenderse que su única responsabilidad en la sociedad y su único conocimiento sobre el funcionamiento y actividad de la misma se limitara a participar cada año en la reunión anual del Consejo de Administración y a redactar el correspondiente acta. Del expediente administrativo resulta que no solo era Secretario sino que era Consejero-Secretario del consejo de administración y de la Junta Universal de accionistas y así consta en los encabezamientos de las actas (folio 467); además participa no sólo en las reuniones de la Junta Universal sino también en las del Consejo de Administración donde se habla de toda clase de cuestiones referidas al reparto y distribución de beneficios; por ultimo, no cabe olvidar que el ahora recurrente fue durante algún tiempo el único miembro del Consejo de Administración, junto con el Presidente, y no puede admitirse que desconociera todo lo relativo a la marcha económica de la empresa. No obstante, su mas reducida intervención en los asuntos de la sociedad justifica la imposición de sanciones notablemente mas inferiores que las que se han impuesto al resto de miembros del Consejo de Administración; además, el tope máximo de imposición de sanción es de cinco millones de pesetas, que están muy lejos de las cantidades impuestas al ahora recurrente.

QUINTO.- En cuanto a la individualización de la sanción y la posible rebaja de la sanción, hay que tomar en consideración algunas cuestiones:

- no hay violación del principio de igualdad por comparación con otros expedientes sancionadores tramitados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y ello pues no se ha llegado a concretar ningún término válido de comparación.
- respecto de la infracción del mismo principio de igualdad por comparación de las sanciones impuestas al otro Consejero Don P.N.T., hay que decir que aunque ambos desempeñaran la misma responsabilidad en la sociedad, la resolución recurrida justifica la diferente imposición de sanciones y ello pues *"solamente ha sido consejero de "G.I.P. S.A. SGC" durante cinco meses, por lo que solamente se derivarán responsabilidades respecto de este expediente por las infracciones cometidas durante ese periodo, lo cual significa que se tendrá en cuenta el volumen de ingresos o la importancia de hechos constitutivos de infracción acaecidos durante el tiempo de su permanencia en el cargo"*.

Así pues, la diferencia en la cuantía de la sanción impuesta tiene suficiente justificación y no puede entenderse que exista violación alguna del principio de igualdad.

SEXTO.- Por aplicación de lo establecido en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos.

## **FALLAMOS**

Que desestimando el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el procurador Don J.P.V.R., en la representación que ostenta de Don J.S.R., contra la resolución descrita en el primero de los fundamentos de esta Sentencia, debemos confirmar y confirmamos la resolución objeto del recurso. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que frente a la misma sólo cabe interponer el recurso de casación para la unificación de doctrina al que se refiere el artículo 102-a de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa; dicho recurso deberá prepararse mediante la presentación, ante esta Sala, del escrito al que se refiere el párrafo cuarto del artículo citado, remitiéndose posteriormente a la Sala correspondiente del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y fallamos.