

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 522/96
Ponente: D. Manuel García Fernández-Lomana
Acto recurrido: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a once de noviembre de mil novecientos noventa y nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 6/522/1996 se tramitan a instancia de Don A. F. V. representada por el Procurador Don P. R. R. contra la Orden Ministerial del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 29 de abril de 1996, por el concepto de sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Señor Abogado del Estado, siendo la cuantía de multa de 3.500.000 pts y sanción de amonestación pública.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por los mencionados anteriormente frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Señor Abogado del Estado.

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

TERCERO.- Se recibió el juicio a prueba.

CUARTO.- Evacuado el tramite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo para lo que se acordó señalar el día 10 de noviembre de 1999.

Ha sido Ponente el Ilustrísimo Señor D. MANUEL GARCIA FERNÁNDEZ-LOMANA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La adecuada solución del litigio objeto de autos, exige destacar los siguientes hechos:

I.- Entre los días 25 de mayo y 3 de junio de 1994, se realizó visita por lo Servicios de Inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a la entidad A., S.A., SGIIIC, vinculada a la CAJA C. A., SCCL, con el fin de analizar la situación que presentaba al 30 de abril de 1994, el Fondo gestionado y la Gestora.

2.- Consta que la CAJA C. A., SCCL es titular del 49,97% de A., SA, SGIIIC, correspondiendo el 50% propiedad de la F. C. A.; y configurando, en unión de otras entidades el llamado GRUPO CAJA A.

3.- En la Inspección se detectaron determinados hechos que en opinión de los servicios de Inspección, constituían infracciones de la normativa, lo que determinó la apertura de un expediente sancionador contra CAJA C A., SCCL y los miembros de su Consejo Rector. Asimismo, se procedió a la apertura de otro expediente contra A., S.A., SGIIIC y los miembros de su Consejo de Administración. Conviene resaltar que Don A. F. V. era miembro del Consejo de Administración de A., S.A., SGIIIC. Se abrió, asimismo un tercer expediente contra determinados particulares y entidades.

4.- Centrándonos en el expediente abierto contra la CAJA C. A., SCCL, se formuló pliego de cargos exclusivamente contra la CAJA C. A., SCCL y los miembros de su Consejo Rector, previa solicitud a la entidad de su identificación y datos. Pliego puntualmente notificado a la entidad y a los vocales del Consejo.

5.- Por el Abogado de la entidad y los Consejeros, fue presentado el oportuno pliego de descargos al que se adjuntaba determinada documentación. En estos escritos y en lo referente a la responsabilidad de los Consejeros, se razonaba que debía tenerse en cuenta, entre otras cosas, que el Consejo Rector de la Caja, siguiendo la línea de otras instituciones profesionales, estaba integrado por miembros elegidos cada cuatro años, con una marcada vocación de representación territorial. Siendo los vocales del Consejo Rector representantes de los socios, no del capital, puesto que cada uno ostenta una acción. El Consejo Rector está formado por Arquitectos, que en su gran mayoría han estado anteriormente en una Organización profesional (Colegio oficial, Consejo Superior, etc.), aportando el conocimiento y experiencia de las necesidades y peculiaridades de los Arquitectos y sus instituciones. La competencia económica de los miembros del Consejo Rector es prácticamente simbólica, percibiendo dietas por asistencia.

6.- Finalizado dicho tramite, y vistas las alegaciones, se dictó providencia por la cual, se admitían diversas pruebas y se acordaban otras de oficio. Una de estas pruebas acordadas de oficio, y con base en las alegaciones precedentes, fue requerir al Secretario General del Consejo Rector para que expida copia de los poderes que fueron concedidos al Director General de la Caja en 1983, Don A. F. V., y posteriores revocaciones en su caso.

7.- Obtenidas las pruebas indicadas se dictó propuesta de resolución, en la que atendiendo parte de las argumentaciones vertidas y con base a las pruebas obtenidas, se proponía sancionar a la CAJA C. A., SCCL y a Don A. F. V. - quien en ningún momento había sido llamado al expediente -, lo que implicaba, lógicamente, la absolucón de los miembros del Consejo Rector.

8.- Con base a tal propuesta, se acordó abrir expediente a Don A. F. V. Acumularlo al ya existente, a lo que se opuso la representación de la CAJA C. A., SCCL si bien su oposición no fue atendida.

9.- Se formuló pliego de cargos contra Don A. F. V., quien contestó al pliego, y aportó las pruebas documentales que estimó oportunas y se formuló propuesta de sanción. Siendo las propuestas de sanción contestadas por las partes.

10.- Por último se dictó una propuesta de sanción conjunta a la CAJA C. A., SCCL y Don A. F. V, antecedente directo de la Orden que se recurre.

11.- En la Orden recurrida, se impuso a la CAJA C. A., SCCL sanción de multa de 10.000.000 de pts; a Don A. F. V. multa de 3.500.000 pts y sanción de amonestación pública; se declaró la ausencia de responsabilidad del resto de los expedientados.

12.- Sabemos, asimismo, que el expediente contra A., S.A., SGIIIC, concluyó con la imposición de sanción a A., S.A., SGIIIC de 10.000.000 de pts, a Don F. J. N. M. (Consejero Delegado), multa de 3.500.000 pts y amonestación pública; y declaración de ausencia de responsabilidad del resto de los expedientados, entre ellos Don A. F. V., como miembro del Consejo de Administración.

13.- Esta Sección, ha dictado sentencia el 1 de octubre de 1998, resolviendo el recurso interpuesto por A., S.A., SGIIIC y confirmando la sanción impuesta por la Orden ministerial frente a A., S.A., SGIIIC.

14.- Asimismo, esta sección, ha dictado sentencia el 26 de julio de 1999, desestimando el recurso interpuesto por la CAJA C. A., SCCL contra la Orden recurrida.

SEGUNDO.- Sin perjuicio de la necesaria exposición ulterior de nuevos hechos, los precedentes, nos permiten entrar en el análisis, del primero de los argumentos de la entidad recurrente. El cual, en concreto, consiste en sostener la nulidad de la resolución sancionadora por infracción de los principios de presunción de inocencia, contradicción e igualdad. El argumento, expuesto con precisión y extensión, puede ser resumido del siguiente modo: Abierto un expediente sancionador contra la entidad CAJA C. A., SCCL y los miembros de su Consejo de Administración, resultó que el mismo, tras la práctica de las oportunas pruebas, concluyó con la propuesta de sancionar a la citada entidad y el Director General de la misma Don A. F. V., quien no había sido llamado al expediente, y ello porque de las investigaciones realizadas se inferían, en opinión de los instructores que este y no los miembros del Consejo de Administración era el verdadero responsable de la infracción. Acto seguido y visto el contenido de tal propuesta, se procedió a la apertura de otro expediente, esta vez contra Don A. F. V., que se acumuló al anterior, y teniendo en cuenta las pruebas practicadas en el primero concluyó con la imposición de sanción a la entidad y al recurrente y con la absolución del Consejo de Administración. Pues bien, entiende el recurrente, que la prueba determinante de su sanción se practicó en el primer expediente, sin su participación y por lo tanto, sin el respeto del debido principio de contradicción; lo cual no queda subsanado por su posterior audiencia, pues la actividad probatoria de cargo fue practicada sin contradicción. A lo que se añade que *"la Comisión Nacional del Mercado de Valores siempre ha tenido conocimiento de la existencia de este Director General así como de sus funciones en la Cooperativa no habiéndosele iniciado expediente"*.

Frente a tal argumento el Sr. Abogado del Estado razona que la acumulación de los expedientes respetó el trámite de audiencia de Don A. F. V., quien llegó a presentar alegaciones, de modo que no puede estimarse que ha existido indefensión alguna que vicie el procedimiento.

Conviene, vistas las alegaciones efectuadas, realizar una breve exposición de la jurisprudencia sobre el tema, para luego aplicarla al caso de autos. En concreto debemos resaltar las siguientes premisas jurídicas:

a) .- En primer lugar, nadie discute que en el procedimiento administrativo sancionador, al materializarse la potestad sancionadora de la Administración, operan los principios de índole procesal contenidos en el art. 24 de la CE -STC 29/1989, 89/1995 y 45/1997-. Doctrina que por lo demás se encuentra contenida en diversos pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) tales como las STEDH de 8 de junio de 1976 - asunto ENGEL y otros -; 22 de mayo de 1990 - asunto WEBER ; o 24 de febrero de 1994 - asunto BENDENOUM-. Ciertamente, la propia jurisprudencia se encarga de precisar que dichos principios y garantías de orden penal deben ser observados *"con cierto matices"* -STC 89/1995-. En concreto tal garantía implica, entre otras cosas, la necesidad de observar, para la imposición de una sanción, un procedimiento en el que queden salvaguardados los derechos de defensa, posibilitando la aportación y proposición de pruebas y la alegación de cuantos argumentos el interesado aduzca en su descargo -STC 18/1981-. A esto derechos se refiere al art.135 de la Ley 30/1992.

b) .- En relación con el derecho a la defensa, y en el ámbito del proceso penal, ciertamente, el Tb. Constitucional, ha dicho que *"el nacimiento del derecho constitucional de defensa contradictoria se produce, necesariamente cuando más o menos fundadamente se imputa un acto punible, lo que puede ocurrir desde el momento inicial de la investigación o, en su caso, más adelante, en el momento en que ésta se dirige contra persona concreta. Si las leyes procesales han reconocido, y este Tribunal recordado, la necesidad de dar entrada en el proceso al imputado desde su fase preliminar de investigación, lo es sólo a los fines de garantizar la plena efectividad del derecho a la defensa y evitar que puedan producirse contra él, aun en la fase de investigación, situaciones materiales de indefensión"* -STC 44/1985, 135/1989, 273/1993-. Complemento necesario de esta garantía es que la llamada al proceso penal como imputado, no puede ni debe ser arbitraria, debiendo producirse cuando existen en el mismo suficientes elementos que permitan sostener razonablemente indicios de imputabilidad contra determinado sujeto, pues en otro caso se estaría lesionando su derecho a la defensa -STC 152/1993-. Que tal doctrina puede tener relevancia en el proceso sancionador administrativo lo admite la STC 14/1999, de 22 de febrero.

c) .- Por último y en tercer lugar, conviene precisar que conforme se infiere de los arts. 12 y 13 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, en relación con el art. 3 del Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre; ciertamente antes de iniciar el proceso sancionador deben existir actuaciones previas, encaminadas, entre otras cosas a *"la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables"*, actuaciones que deben ser realizadas con la mayor diligencia posible y que se concretan en la adopción del llamado acuerdo de

iniciación, en el que debe constar la *"identificación de la persona o personas presuntamente responsables"*. Identificación esencial desde el punto de vista del derecho a la defensa, pues la misma permite la comunicación al inculpado abriéndose la posibilidad para este de realizar alegaciones - art. 16 del RD 1398/1993-. Ahora bien, es evidente, que pese a la inicial realización de actuaciones previas, concretadas en la adopción de un acuerdo de iniciación, es posible que a lo largo del procedimiento sancionador y como consecuencia de la actividad probatoria y de alegación existente a lo largo del mismo, se alteren los hechos inicialmente fijados, o se llegue a la conclusión de que los sujetos inculpados son distintos a los inicialmente señalados. A ello se refiere el art. 16.3 del RD 1398/1993 cuando razona que *"Si como consecuencia de la instrucción de1 procedimiento resultase modificada la determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución"*. En estos casos, la consecuencia no puede ser la impunidad del sujeto cuya responsabilidad surge a lo largo del proceso sancionador, sino que lejos de ellos, procede la apertura de un proceso sancionador contra el mismo con todas las garantías.

Sentadas las anteriores premisas jurídicas, el concreto problema objeto de autos es el siguiente. La Administración realizó actuaciones previas en las que se limitó a pedir a la entidad sancionada la determinación de quienes eran los miembros de su Consejo Rector, y fijados los mismos, sin mayor investigación, dictó acuerdo de iniciación, fijando como imputados a todos los miembros del Consejo Rector. Estos alegaron que no habían participado en la toma de las decisiones que se sancionaban y que su participación en la administración de la entidad no era la propia o típica de un Consejo de Administración; y al efecto aportaron diversos documentos. La Administración tomó en cuenta tales alegaciones y pidió se aportasen los poderes del Director General. Con base a tal aportación concluyó que los miembros del Consejo Rector no debían ser sancionados y así lo hizo constar en la propuesta de resolución, entendiendo que la responsabilidad era del Director General. Lo que sin dilación se tradujo en la adopción de un nuevo acuerdo de iniciación en el que resultaba inculpado el Director General, que concluyó, previa acumulación de ambos procedimientos, y tras fase de alegaciones y prueba con propuesta de resolución. Dictándose resolución sancionadora conjunta, en la que se declaraba, conforme a las propuestas la inexistencia de responsabilidad de los miembros del Consejo Rector y la responsabilidad del Director General.

La Sala, valorando lo anterior y teniendo en cuenta la normativa y jurisprudencia reseñada, entiende que no existe infracción de los derechos contenidos en el art. 24.2 de la Constitución, y en concreto del derecho a la defensa. Y ello porque entendemos que la Administración, en el momento en el que tuvo razonable constancia de que los miembros del Consejo Rector y en contra de lo inicialmente supuesto, no tenían en su opinión responsabilidad, adoptó los oportunos cuerdos que permitieron la entrada en la instrucción del Director General; sin que exista por lo tanto una actuación arbitraria de la Administración que haya menoscabado el derecho a la defensa del recurrente. Asimismo, el recurrente ha tenido ocasión de desvirtuar en el proceso sancionador que le ha sido abierto, mediante al aportación de las pruebas y realización de alegaciones que estimó oportunas, los hechos que inicialmente le fueron imputados. Ciertamente, el recurrente no participó en el proceso

del que inicialmente se derivaron los hechos por los que se le abrió expediente disciplinario, pero pese a lo anterior, inevitable en ciertos casos conforme a la naturaleza de las cosas, es lo cierto que *"no se vio privado del conocimiento de su condición de imputado, ni del pleno ejercicio de sus derechos de alegación y contradicción en la causa. En consecuencia, si es cierto que la posibilidad de participación del recurrente en el procedimiento se produjo más tarde de lo que él deseaba, lo fue, sin embargo, con antelación suficiente y con la oportunidad de ser oído, alegar y participar en el mismo"* -STC 14/1999-. No nos parece, por lo tanto, que en atención a las circunstancias concurrentes en el caso de autos, exista indefensión con relevancia constitucional como se pretende.

TERCERO.- Se razona que existe violación del principio de que nadie puede ir contra sus propios actos, pues en el expediente de CAJA C A., SCCL el actor ha sido sancionado y en el de A. S.A., SGIIC no, siendo los hechos los mismos.

Con más precisión debemos decir que la doctrina llamada de los actos propios no es un principio general del derecho, lejos de ello, el principio general sobre el que se asienta tal doctrina es el principio general de buena fe, del que la citada doctrina no es sino concreción. En este sentido la STS de 27 de febrero de 1981, razona que *"constituye un principio. . . de la Teoría General del Derecho, la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa, como una exigencia de la fides"*, y continúa diciendo la sentencia, que una de las exigencias de la fides es la necesidad de impedir *"venire contra factum proprium"*. En el mismo sentido de vinculación de la doctrina de los actos propios con el principio general de la buena fe cabe citar las STC 67/1984, 23/1988 y 198/1988. Por lo demás, la citada doctrina, en cuanto concreción de un principio general inspirador de todo el ordenamiento jurídico - sin duda uno de sus principios más esenciales- es de aplicación al campo del Derecho Administrativo - STS de 12 de diciembre de 1978 y 27 de febrero de 1981-. Siguiendo con esta línea de razonamiento ciertamente, se ha dicho que el principio de igualdad prohíbe ir contra los propios actos, y así la TS de 31 de octubre de 1972, ha dicho que actuar con criterio distinto antes supuestos idénticos supondría una *"vulneración de los actos propios"* y un tratamiento arbitrario.

Ahora bien, la aplicación de tal doctrina, que subyace en la argumentación del recurrente, exige, como premisa necesaria de partida, que existan dos situaciones idénticas o en las que no existe esencial elemento diferenciador. Pues bien, en el caso de autos, la sanción al actor le ha sido impuesta como Director General de la CAJA C. A., SCCL, por entender que el era el verdadero responsable de la administración de la entidad. En el caso de A. S.A., SGIIC, aunque los hechos son sustancialmente los mismos, como veremos, lo cierto es que se entendió de igual modo, que la responsabilidad recaía en el Consejero Delegado de la entidad, y no en los miembros del Consejo de Administración, y ello además por concurrir determinadas circunstancias que la resolución razona; por lo que siendo el recurrente miembro del Consejo de Administración, se declaró su ausencia de responsabilidad. Estamos por lo tanto, ante dos supuestos distintos, ya que aun siendo los hechos los mismos, el título de imputación es distinto en uno y otro caso, y por lo tanto el tratamiento diferenciado está justificado, sin que por lo tanto la Administración vaya contra sus propios actos.

CUARTO.- El siguiente argumento del recurrente es que la sanción ha infringido los principios de legalidad y tipicidad. En esencia, y sin perjuicio de su ulterior desarrollo, los argumentos del recurrente pueden resumirse del siguiente modo: a).- En primer lugar, sostiene que la conducta sancionada no es subsumible en el tipo. b).- En segundo lugar, se sostiene no existe dato alguno en el expediente del que se infiera que la infracción causó gravísimo peligro o lesión a los intereses de los partícipes. c).- Y en tercer lugar, se dice que no cabe traer a colación lo establecido en la Orden de 30 de julio de 1992, sin infringir el principio de "*lex certa*".

Antes de analizar los argumentos jurídicos del recurrente, conviene fijar con precisión los hechos que consideramos probados por el expediente en relación con esta cuestión puntual:

1.- La CAJA C A., SCCL es la entidad depositaria del Fondo de Inversión A., FIM. Fondo gestionado por A., S.A., SGIIC. Siendo la CAJA C. A., SCCL titular de 49,97% del capital de A., S.A., SGIIC y la F. C. A. del 50%.

2.- La comercialización de A., FIM se realizaba a través de las sucursales de la CAJA C. A., SCCL entre sus clientes. Los directores de las oficinas ofrecían a los potenciales inversores los siguientes productos ligados a participaciones del Fondo:

a).- Participaciones a plazo fijo: identificadas internamente como Cuentas 93. Consistía en la adquisición de la participación por un plazo de tiempo prefijado, máximo de tres meses y renovable. En la documentación interna de la CAJA C. A., SCCL constaba, en algunos casos, la rentabilidad que se aseguraba al partícipe y que oscilaba entre el 7 y el 8%. Al finalizar el plazo los partícipes optaban entre prorrogar la inversión -ordenando o no el reembolso parcial del importe equivalente a los intereses pactados- entre transmitir la participación a un nuevo titular, el cual era buscado o por el antiguo partícipe o por el director de la CAJA; o bien, solicitar el reembolso total de las participaciones poseídas.

Estas cuentas se ofrecieron a los clientes desde la inscripción del Fondo, el 13 de enero de 1988, y hasta la entrada en vigor de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, el 29 de enero de 1989. A partir de esta fecha y hasta el 31 de diciembre de 1993, se continuaron comercializando mediante la adquisición a otro titular. Desde el 31 de diciembre de 1993, no se realizó oferta alguna de las participaciones, siendo posible únicamente, proceder a solicitar el reembolso cancelando la cuenta.

b).- Planes de Ahorro Individual, identificados como Cuentas 99, en los que el partícipe se comprometía a realizar inversiones periódicas; normalmente el partícipe habilitaba al Depositario para que se detrajese un porcentaje previamente acordado de los honorarios que como arquitecto resultaban abonados en su cuenta corriente. Esta modalidad de inversión, fue comercializada desde la inscripción del Fondo y hasta la actualidad.

c).- A partir de la entrada en vigor de la Ley del Mercado de Valores se ofrecieron por el Depositario a los Clientes Participaciones Ordinarias, Cuentas 95, sin dotarlas de las características de las Cuentas 93.

d).- Con relación a las Cuentas 93, el proceso de suscripción, transmisión y reembolso era el siguiente:

-En el momento de la suscripción de la participación se generaban dos documentos, una "*Solicitud de suscripción de participaciones*", donde se debía hacer constar el titular de la participación, número de cuenta, tipo de suscripción e importe de la misma; y un "*Certificado*" expedido por el Depositario, donde se hacía constar que el titular había entregado la cantidad que se detallaba para la adquisición de las participaciones, figurando como datos a cumplimentar en el mismo el titular, la fecha de expedición, el número de cuenta, el importe entregado y el vencimiento. Estando prevista la identificación del titular en ambos documentos, se comprobó por la Inspección de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que al menos en 16 supuestos (el número total de partícipes llegaron a ser 1.288- la identificación del titular en el certificado se realizaba mediante una denominación ficticia que no se correspondía con el titular de la participación. La documentación era custodiada por la CAJA C. A., SCCL recogándose en la aplicación de partícipes la información disponible con excepción de los datos correspondientes al titular.

-En cuanto a las "*transmisiones*" de las participaciones, el "*vendedor*" de la participación cumplimentaba un "*Boletín de Reembolso*" en el que se indicaba que se trataba de una cancelación total de su inversión, figurando la mayoría, de la veces como importe el correspondiente a la inversión realizada más los intereses acordados; en ocasiones y de forma discrecional el director de la oficina detraía una comisión de reembolso variable que nunca excedía del 5%. A su vez el nuevo inversor rellenaba un "*Boletín de suscripción*" en el que constaba como precio de las participaciones adquiridas el correspondiente valor de liquidación, siendo la diferencia la comisión de reembolso satisfecha.

No existen documentos en los que aparezcan estas operaciones con el carácter de transmisiones de participaciones, si bien la cuenta corriente del Fondo no recogía ninguno de estos pagos o cobros aunque el movimiento efectivo se efectuaba a través de la entidad depositaria. Además, la mayoría de las transmisiones se realizaban con la participación de la CAJA C. A., SCCL, que emitía la documentación descrita, recogiendo en la aplicación la información disponible con excepción de los datos del titular de la participación.

-En cuanto a los reembolsos, cuando estos se producían, el poseedor del "*certificado*" recibía del fondo correspondiente a la participación conforme al valor de liquidación en la fecha de pago. Como documento soporte de la operación se generaba un "*Boletín de Reembolso*" que se entregaba al poseedor del certificado, donde se debía contener referencia al titular de la participación, el número de cuenta, la clase de cancelación total o parcial, el importe de la cancelación, la fecha y la forma de materializarse el pago.

-Durante el período a que se refiere el expediente se han realizado, en total, 340 transmisiones frente a 11.795 operaciones de emisión y 3.220 operaciones de reembolso.

e).- Durante los ejercicios 1990, 1991 y 1992, se emitieron "Certificados al portador" en transmisiones de 16 Cuentas 93, realizadas a través de la sucursal de Zaragoza del Depositario, existiendo participaciones por importe aproximado de 30 millones de pts, a 31 de diciembre de 1993. Los titulares de los certificados al portador han quedado identificados en documentos internos del Depositario.

QUINTO.- Realizadas las anteriores precisiones, podemos pasar al análisis de las cuestiones jurídicas planteadas. Antes conviene recordar que la Sección, en sus SAN de 1 de octubre de 1998 (Rec 521/1996) y 26 de julio de 1999 (Rec 526/96), ha confirmado las sanciones impuestas a las entidades A., S.A., SGIC y CAJA C. A., SCCL, respectivamente. En dichas sentencias, en especial en la primera, analizamos la posible infracción del principio de tipicidad, y llegamos a la conclusión de que la sanción impuesta no violaba tales principios resultando tipificada en el art. 32.g) de la Ley 46/84, la transmisión de participaciones efectuadas, asumiendo la Sala los razonamientos de la resolución, parecer que ratificamos nuevamente. Lo propio dijimos respecto de la inexistencia de peligro o lesión grave. Tanto en la SAN de 1 de octubre de 1988, como en la de 26 de julio de 1999, razonamos que la interpretación correcta del art. 32 de la Ley era la que sostenía que cualquier emisión, transmisión y reembolso de participaciones sin la adecuada identificación de sus titulares en cada operación determina la aplicación automática del art. 32.4.g) de la Ley 46/84, con independencia del número de afectados o porcentaje de incumplimientos. Añadiendo la última de las sentencias citadas que de lo expuesto se infiere la naturaleza meramente formal de la infracción por lo que para entender realizado el tipo no será necesario acreditar la causación de un concreto y determinado perjuicio. Obsérvese que el tipo del art. 32.4 literalmente dispone que son infracciones muy graves "*las acciones u omisiones, cualquiera que sea su naturaleza, que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesiones muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración:*"; expresión esta última de la que se infiere que las conductas que a continuación se describen, por sí, y sin necesidad de mayor prueba, ponen en peligro o lesionan muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúan el objeto de las instituciones. Ciertamente, el recurrente aporta STSJ de Madrid, con diferente parecer, pero tal juicio jurídico, no nos vincula pareciéndonos más acertada la interpretación de esta Sala y Sección.

Por último, un tercer argumento tiene su causa en la infracción del principio de legalidad (Lex certa), ya que en opinión del recurrente no cabe apoyarse en la Orden de 30 de julio de 1992, para imponer la sanción. Ciertamente, entre otros motivos, la resolución recurrida se apoya en el incumplimiento de la Orden de 30 de julio de 1992, cuyos preceptos, sin duda, y como se razona en la resolución fueron incumplidos. No obstante, el recurrente entiende que la norma no tiene rango de ley y por lo tanto, su incumplimiento no permite la imposición de sanción. Tal parecer no es correcto. Repárese en que lo sancionado por la Ley 46/84, es la "*emisión y reembolso de participaciones con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos por esta ley, sus disposiciones complementarias y los Estatutos y*

Reglamentos de Gestión de las Instituciones". Y sin duda la citada Orden es una norma complementaria. Proceder legal que no supone infracción del principio de legalidad como se infiere de la doctrina contenida en las STC 2 y 42/1987; y 207/1990.

No existe, en suma infracción de los principios de legalidad y tipicidad.

SEXTO.- Procede ahora analizar, si Don A. F. V. es culpable. Para ello debemos partir de lo establecido en el art. 32.7 de la Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, conforme a dicha norma son de aplicación los arts 19 a 25 y 7, 14 y 15 de la Ley 26/1988, sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito. En concreto el art. 15, que es el que nos interesa dispone 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 créditos sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de Administración, salvo los siguientes casos: a).- Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubieren votado en contra o salvado su voto con relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a la infracción. 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"* (conviene reparar en que al efectos de la norma el director general es considerado como "órgano") .

De la lectura del citado precepto se infiere, por lo tanto, que las personas responsables pueden ser los cargos responsables de administración o dirección; siendo por regla general responsables los administradores o miembros de sus órganos colegiados, salvo que la acción u omisión sea, entre otros casos, imputable a comisiones ejecutivas, directores generales, u otros órganos asimilados.

En el caso de autos, del expediente se infiere que el Consejo Rector está integrado por miembros elegidos en Asamblea General cada cuatro años, con una marcada vocación de representación territorial. Los vocales del Consejo Rector representan a los socios, no al capital pues que cada uno ostenta una única acción. El Consejo Rector está formado por Arquitectos, percibiendo únicamente una cantidad por la asistencia a cada reunión. La dispersión geográfica de la residencia de los miembros del Consejo Rector impide una relación frecuente y continuada entre estos. En la práctica sus contactos se reducen a la celebración de Consejos mensuales. Lo que se traduce en la existencia de dos estamentos diferenciados en la CAJA C. A., SCCL:

a).- Por un lado el Consejo Rector que se ocupa de las directrices generales, relaciones institucionales, política de expansión de la CAJA C. A., SCCL, fijación de objetivos, apertura de oficinas, altas y bajas de socios, seguimiento mensual del Balance y Cuenta de Resultados, concesión de determinados créditos, elaboración de la memoria anual de gestión y rendición de cuentas, etc..

b).- Y por otro lado, la estructura profesional bancaria, encabezada por el Director General y formada por los Directores de Departamento, los Directores de Oficinas, y el resto del personal, que se ocupan de la gestión, comercialización de productos, inversiones, créditos, relaciones directas con los socios, seguimiento de riesgos, contabilidad informática, etc. De hecho se otorgan amplios poderes al Director General.

En ningún momento, en el Consejo Rector, se han tomado acuerdos o debatido cuestiones sobre la gestión, comercialización, inversiones, operativa, o productos del FIM. Únicamente se trató de la creación de A. S.A., SGIIC como sociedad gestora participada, las relaciones con la H. como copartícipe de ésta y la compra de sus acciones por parte de la F. C. A.. A mayor abundamiento, mediante Acuerdo del Consejo Rector de 10 de febrero de 1984, se aprobó la creación de una Comisión Ejecutiva, integrada por los siguientes miembros del Consejo Rector, Presidente, Vicepresidente, Tesorero, Secretario y un Vocal, con el fin de realizar el seguimiento y control de la gestión, según las directrices del Consejo Rector, y en especial de las relaciones con las entidades colaboradoras, la organización administrativa, la mecanización de los procesos, la elaboración de estadísticas y de la inversión de depósitos.

Consta asimismo, que en las sesiones de la citada Comisión Ejecutiva, en ningún momento se sometió a debate o se analizaron cuestiones referentes al modo de operar sobre la suscripción, emisión o reembolso de las participaciones de A., FIM. Ni que tampoco existiese comunicación de irregularidad alguna.

El 28 de abril de 1983, el Consejo Rector, otorgó poderes a favor del Director General de la Cooperativa, por el que éste podía realizar cuantos actos exigiera el tráfico ordinario de la CAJA C. A., SCCL, incluso la realización de operaciones con terceros. No habiendo sido los poderes revocados o suspendidos. El Director General de la CAJA C. A., SCCL, ha sido a su vez, miembro del CONSEJO DE ADMINISTRACIÓN de A., S.A. SGIIC. Asimismo, en el procedimiento abierto a A., S.A., SGIIC, consta la participación activa del Director General en el funcionamiento de la GESTORA y del FONDO. Así en el acta de 30 de julio de 1986, se examinó el modelo de reglamento del Fondo presentado por Don A. F. V., en el acta de 9 de septiembre de 1986; se acordó que la gestión del Fondo se realizase por la CAJA C. A., SCCL, indicando Don A. F. V., los términos en que se iniciaría la gestión; en el acta de 1 de junio de 1987, por los Sres. N. y F., se planteó la necesidad de proceder con urgencia al lanzamiento del FONDO A.,FIM; y en el acta de 18 de septiembre de 1991, se acordó modificar el Reglamento de Gestión, y se facultó a los indicados en el acta anterior para realizar las gestiones al efecto.

En opinión de la Orden recurrida, compartida por esta Sala, de lo anterior se infiere que no cabe entender que la responsabilidad por lo ocurrido sea imputable al Consejo Rector o a la Comisión Ejecutiva, encontrándonos en el supuesto regulado en el art. 15.2.b) de la norma antes reseñada, y entendiendo por lo tanto que la responsabilidad por lo ocurrido debe recaer sobre el Director General, responsable real de los actos de tráfico sancionados.

Razona el recurrente que los actos fueron realizados por los Directores de la Sucursales, y que el los ignoraba; pero la Sala entiende que además de ostentar el recurrente el control

de los actos de tráfico sancionados por razón de su cargo; la existencia de una actuación homogénea en el proceder de los Directores de las Sucursales, implica la existencia de una unidad de acción en el tráfico de la cual, conforme a los hechos probados en la resolución el recurrente era el responsable último, vista la delegación de poderes a él atribuida y la ausencia de conocimiento por parte del Consejo Rector y la Comisión Ejecutiva. Nos parece, por lo tanto acertada en este punto la decisión adoptada por la Orden.

SÉPTIMO.- Discute el recurrente, si es posible que le sea impuesta la sanción de amonestación pública. El razonamiento del recurrente es el siguiente: el art. 32.5.c) de la Ley 46/84 (LIIC) establece que: "*La calificación de una infracción como muy grave llevará consigo...la amonestación pública del administrador o administradores responsables de la misma*". Por lo tanto, y con amparo en el tenor literal del texto el recurrente sostiene que siendo Director General no cabe aplicarle esta sanción.

Frente a tal argumento, se razona por la orden recurrida, en esencia, que el art. 15 de la ley 26/1988 (LDIEC), establece que son personas responsables los cargos de administración o dirección, estableciendo en su art.13 que la sanción de amonestación podrá imponerse a los cargos de administración o dirección. Pues bien, al remitir el art. 32.7 de la LIIC a la LDIEC, y permitir la sanción tanto de los cargos de administración como a los de dirección, debe entenderse que la acepción "*administradores*" del art 32.5.c de la LICC debe interpretarse en un sentido amplio, comprendiendo tanto a los órganos de administración como a los de dirección, sopena de romper la simetría sancionadora sin causa o justificación alguna.

Ahora bien, con independencia de lo razonable del razonamiento de la Administración, la Sala entiende que existe otro argumento que implica la desestimación del argumento del recurrente. En efecto, conforme- al art. 32.5.b) de la LICC para las infracciones graves, cabe la "*sanción de administración pública*", resultando absurdo que la infracción grave lleve aparejada la sanción de amonestación pública, no limitada a los administradores y la muy grave la limite a los administradores. La razón entendemos que procede de la existencia de una discordancia entre la redacción del art. 32.5 y el art 32.7 de la LICC en relación del art. 15 de la LDIEC, que por lo expuesto debe ser resuelta en los términos propuestos por la Administración. Por lo demás y acogiendo los criterios contenidos en la Orden que se recurre, entendemos que atendidas las circunstancias del caso la sanción es proporcionada y obedece a los criterios recogidos en el art. 14 de la LDIEC, pues no se olvide que como razona el Sr. Abogado del Estado, aunque ciertamente el daño no ha sido grave, estamos ante un conjunto de incumplimientos extensos, muy graves y reiterados o continuos. Siendo notoria y esencial la participación en los hechos del interesado (art. 14.1.a y b; y 14 2.a de la Ley 26/1988).

OCTAVO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131.1 de la LRJCA.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don A. F. V. contra la Orden Ministerial del Excmo, Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 29 de abril de 1996, a que las presentes actuaciones se contraen, que confirmamos por ser conforme a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará constar que contra la misma cabe recurso de casación, conforme previene el art. 284.4 de la LOPJ.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos mandamos y firmamos.