

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 28 DE ENERO DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso n: 520/96
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 28 de enero de mil novecientos noventa y nueve.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 520\96, seguido a instancia de Don F. J. N. M. representado por el Procurador Don P. R. R., asistido por el letrado Don J. M. P., contra la Administración del Estado sobre Orden del Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta, la cuantía se fijó en indeterminada e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La "C. A., S. C. C." es la entidad depositaria del Fondo de Inversión "A., FIM", gestionado por "A., S.G.I.I.C., S.A.", del que la "C. A., S. C. C." es titular de un 49,97% y el resto a la "Fundación C.A."

En virtud de la Orden del Excmo Sr. Ministro de Hacienda, de 29 de abril de 1996, se impuso al recurrente una sanción de multa de 3,5 millones de ptas. y amonestación pública como autor de falta continuada muy grave prevista en el art. 32.4.g de la ley 46/84 de 26 de diciembre sobre Instituciones de Inversión Colectiva, como consecuencia de su gestión como miembro del Consejo Rector de A., S.G.I.I.C., S.A." (Vicepresidente, Secretario y Consejero-Delegado, hasta el 26-6-92).

En la O.M. impugnada se declaró probada la comisión de dicha falta, referidas al período anterior a 30-4-94, por utilizar un sistema de representación de las participaciones de A., FIM, fondo gestionado por A., S.G.I.I.C., S.A., en el que se prescindía de la identidad del partícipe lo que se lograba por alguna de las siguientes formas:

- Emisión certificados al portador.
- Falta de constancia del titular en el documento acreditativo de pertenencia del partícipe al fondo.
- Falta de incorporación de dicho dato a la aplicación informática de los partícipes.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda, con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Defectos formales:

En el inicio del expediente sancionador no se incluyó al recurrente que fue llamado con posterioridad, lo que infringe los principios de seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad y el RD 1398/93 y RD 2119/93.

En el pliego de cargos no se concretan las fechas en las cuales el recurrente supuestamente cometió los hechos que se le imputan y tampoco se concreta su participación en los mismos, recordando que, en cualquier caso, cesó en sus cargos el 26-6-92.

b) Principio de tipicidad y legalidad.

Las transmisiones que hayan podido llevar a término determinados partícipes de A., FIM no se hallan descritas como tipo infractor en el art. 32.4.g de la LIIC, pues con arreglo a la legalidad vigente en el momento era lícita la emisión de resguardos al portador realizadas antes de la entrada en vigor de la LMV (DA 6ª), sin que el art. 32 de la LIIC permita su complemento con normas reglamentarias como la O.M. impugnada que cita la O.M. 30-7-82.

Por otra parte no se ha concretado el perjuicio supuestamente causado por el recurrente, recordando que no basta con un incumplimiento formal de sus obligaciones para la imposición de la sanción.

No existiendo peligro o lesión para los intereses de los accionistas o terceros, la falta pudo, en su caso, calificarse como leve.

c) Principio de culpabilidad.

Hay ausencia de prueba sobre la participación del recurrente en los hechos que se le imputan y no constan indicios sobre su conocimiento de los mismos, siendo contradictorio que se considere en la O.M. que los actos de percibo de comisiones como actos de gestión ajeno al conocimiento del Consejo de Administración, y lo contrario con la gestión y emisión.

Tras la nueva redacción del art. 15 Ley 26/88 no cabe la responsabilidad objetiva por lo que será necesario acreditar la culpabilidad del recurrente, respecto del que no consta que tuviera facultad alguna que guarde relación con el modo de suscripción, emisión, o reembolso de las participaciones de fondo de inversión. Termina invocando el principio de proporcionalidad en orden a la graduación de la sanción.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

a) Defectos formales.

Si bien en la resolución que dio inicio al expediente sancionador no se incluyó al recurrente, éste fue llamado con posterioridad al procedimiento, y pudo valerse de todos los medios legales para su defensa por lo que no ha existido indefensión de tipo alguno. Por otra parte el art. 16.3 del RD 1398/93 que regula el procedimiento, admite la posibilidad descrita de llamada posterior de un imputado como consecuencia del avance de la investigación.

b) Naturaleza de la falta.

Las conductas tipificadas no exigen para su comisión la causación de un perjuicio material, pues basta su existencia formal, presumiéndose el perjuicio por provocar la conducta descrita una alteración sustancial de las funciones de dichas entidades en el mercado.

c) Infracción del principio de tipicidad.

Aunque las transmisiones a que se alude en la resolución impugnada, como base de la infracción, no se mencionen en el tipo sancionador, lo que se ha sancionado es el incumplimiento de las obligaciones relativas a la emisión y reembolso de las participaciones en lo relativo a la constancia de la identidad de su titular.

d) Principio "non bis in idem".

Niega su existencia por el hecho de sancionar a la sociedad y al actor, ya que cada uno asume separadamente su responsabilidad.

e) Imputabilidad del actor.

Dada su posición en la sociedad es evidente que conocía como se desarrollaron los hechos.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta por las partes con el resultado que consta en las actuaciones, se acordó, en sustitución del tramite de audiencia, requerir a las partes para que aportaran sus conclusiones.

QUINTO.- Señalado el día 27 de enero de 1999 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente procedimiento la sanción impuesta al recurrente por infracción del art. 32.4.g de la ley 46/1984 de 26 de diciembre de Instituciones de Inversión Colectiva, en su condición de Vicepresidente-Secretario y Consejero-Delegado del Consejo de Administración de "A.,S.G.I.I.C., S.A.", cargos en los que cesó el 26-6-92.

La demanda se fundamenta en la infracción, imputada el acto impugnado, del art. 24.2 CE en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a la defensa.

El art. citado dispone que:"*son infracciones muy graves las acciones u omisiones, cualquiera que sea su naturaleza que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesionen muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las instituciones. Tiene esta consideración:*

La emisión y reembolso de las 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".

SEGUNDO.- Procede en primer lugar, analizar las infracciones del procedimiento sancionador denunciadas por el recurrente, y que le afectan a él de forma individualizada.

a) Tardía llamada al procedimiento del recurrente.

Ninguna indefensión ni infracción legal se ha cometido por este proceder de la Instrucción, pues, es justamente el desarrollo de la Instrucción lo que puede determinar la ampliación del número de personas que puedan ser imputadas por los hechos investigados. Solo un voluntario y consciente retraso en la llamada al procedimiento de un imputado contra el que inicialmente existan indicios de responsabilidad, podría dar lugar a la nulidad de la instrucción y su consiguiente comunicación a la prueba y por tanto a la resolución sancionadora, pero esta posibilidad no se ha planteado en este caso.

Aunque ciertamente pueda calificarse de irregular la directa imputación en el pliego de cargos sin antes haber sido llamado, lo cierto es que en el RD 1398/93 el documento inculpador básico es la propuesta de resolución, antes de la cual el recurrente pudo formular alegaciones y utilizar los medios que en su defensa estimó oportunos, razón por la que no ha existido infracción alguna de su derecho en el procedimiento.

b) Falta de concreción en el pliego de cargos de la fechas en las que supuestamente se cometieron las infracciones.

Los hechos que se imputan al recurrente se cometieron durante los ejercicios de 1990, 91 y 92, y consta que el recurrente ostentó cargos de la máxima responsabilidad en la empresa

(Consejero-delegado, entre otros), hasta el 26-6-92, razón por la cual debe concluirse que con independencia de la mayor o menor fortuna en la consignación de los hechos probados, es indudable que durante su mandato se realizaron las conductas descritas, razón por la que en principio, procede exigirle responsabilidades, sin que pueda acogerse el motivo de recurso denunciado por los motivos expuestos.

TERCERO.- Se analizan separadamente las distintas infracciones con supuesta relevancia constitucional y que son objeto de denuncia, recordando que tras la STC 18/1981 las garantías contenidas en el art. 24 CE son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, como con detalle recuerda la mas reciente jurisprudencia del TS (SSTC 7/1998 y 168/1998).

a) Principio de tipicidad y legalidad.

La cuestión que se plantea en este punto fue expresamente resuelta por esta misma Sección en la sentencia de 1 de octubre de 1998 (rec. núm. 521/1996, planteado por "A., S.G.I.I.C., S.A." contra el mismo acto), en sentido desfavorable a los intereses del recurrente. En la citada resolución, fj 5, se dijo que *"la interpretación correcta de dicho precepto (art.32.4.g.LIIC) es que cualquier emisión, transmisión y reembolso de participaciones sin la adecuada identificación de sus titulares en cada operación, es decir de quien transfiere y de quien recibe, determina la aplicación de dicho tipo legal, sin precisar de evaluaciones genéricas por número de afectados o porcentajes de incumplimientos tratándose de un tipo cerrado que no admite derivaciones suplementarias. En este caso, la actora incumplió su deber de controlar que todas las operaciones relativas a sus participaciones se efectuaran correctamente rellenándose los requisitos legales, reglamentarios y estatutarios por quienes fuesen titulares de cada transferencia con el fin de evitar la opacidad en el mercado y cumpliendo la finalidad básica de asegurar la transparencia"*.

De lo expuesto se deduce por otra parte, 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.

b) Principio de culpabilidad.

Es, por otra parte, también reiterada la posición de esta Sección respecto de la compatibilidad del respeto al principio de culpabilidad y la imposición de sanciones como la descrita en este caso. Como hemos señalado en otras ocasiones (SAN 9-7-98, rec. 386/95), cuando se sanciona al Consejero de una sociedad por hechos que este podía, en el ejercicio de sus funciones, haber evitado o corregido, no existe conculcación del principio de culpabilidad, pues la sanción no se impone de forma automática ni objetiva, sino sobre la base de la infracción del deber de vigilancia que contrae quien asume cargos de responsabilidad en el seno de la empresa, doctrina acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 154/1994, doctrina general sobre la culpa un vigilando en el ámbito del procedimiento sancionador, aunque referida en ese caso a otro supuesto), y a la legislación sobre el mercado de valores.

CUARTO.- En atención a lo expuesto procede dictar Sentencia desestimatoria del recurso, sin que se aprecien méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmamos el acto impugnado. No ha lugar a imposición de costas a las partes litigantes.

Así por ésta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.