

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE MARZO DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 910/95
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de julio de 1995
Fallo: Desestimatoria

En Madrid, a 2 de Marzo 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 910/95, seguido a instancias de "G.I.P., SGC, S.A."; Don C.T.S. y Don C.P.C., representados por el Procurador Doña M.J.G.D., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre imposición de sanción por Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 25 de Julio de 1.995, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre la impugnación de la sanción, 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.- Por el Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden con fecha 25 de Julio de 1.995, en virtud de la cual se sancionó a los recurrentes como autores de una falta prevista en el art. 99. q) de la ley 24/1988 del Mercado de Valores.

En síntesis se declaró probado que la entidad "G.I.P., SGC, S.A.", constituida como Sociedad Anónima el 30-1-87, y desde 1.991 hasta el ejercicio de 1.993, ha venido obteniendo ingresos por las siguientes operaciones:

* Inversión en la deuda pública con pacto de recompra (repos) a plazo de un día, de los saldos de liquidez de clientes originados entre las inversiones y las desinversiones de las carteras de los mismos.

* Colocación entre sus clientes de diversas acciones.

También se declaró probado que actuó como comercializador de fondos de inversión gestionados por G., SGIC, SA, sin encontrarse debidamente inscrita en el registro para tal actividad.

SEGUNDO.- Por la representación de los actores se interpuso recurso Contencioso-Administrativo el 27 de Septiembre de 1995, formalizando demanda el 21 de abril de 1997, con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. En primer lugar subrayan que fueron sorprendidos en su buena fe por la CNMV que les inició un expediente sancionador cuando verbalmente se les había garantizado que no incurrían en responsabilidad alguna, y lo hizo apoyándose en la documentación por ellos aportada.

En opinión de los recurrentes, la orden impugnada vulneró los siguientes principios y derechos constitucionales:

a) Defectos en la tramitación del procedimiento:

* La CNMV una vez finalizado el expediente, realizó una segunda propuesta de resolución, que no fue notificada a la recurrente y en las que se introducían la siguientes modificaciones respecto de la primera (infracción del art. 63 ley 30/92):

Se añade un nuevo fundamento de derecho, relativo a las sociedades gestoras de cartera.

Se rebaten las alegaciones de la recurrente y modifican numerosos fundamentos de derecho de la primera resolución.

* Se eleva al Ministro de Economía y Hacienda sólo la segunda propuesta, sin remitir el expediente en el que constan las alegaciones de la recurrente, y se aprecia identidad absoluta entre la propuesta y la OM sancionadora (infracción art. 134 Ley 30/92).

Estas irregularidades, junto con la infracción del art. 25 por entender que dos conductas no debían ser objeto de sanción, fueron objeto de recurso ante la Sección 1º de la AN que fue resuelto por Sentencia desestimatoria de 22-11-96 y que se encuentra recurrida ante el TS. No obstante señala la recurrente que no existe litispendencia ni cosa juzgada ya que el procedimiento sumario de la ley 62/78 y el ordinario son compatibles.

b) Infracciones materiales:

1) Principio de legalidad y tipicidad.

Sostiene la recurrente, en relación con todas las conductas sancionadas, que ningún precepto exige que las sociedades gestoras tengan por objeto exclusivo la gestión carteras de valores, ya que basta con que dicha actividad la desarrolle habitualmente. Las únicas actividades que tiene prohibido realizar con carácter habitual son las relacionadas en el art. 71 LMV, salvo letra j). Estas sociedades están sometidas a su propio régimen de supervisión (art. 34.4 LIIC 46/84 26 dic.). En todo caso, la aplicación del RIIC, RD 1393/90 2 nov. que es nulo por infracción del art. 62.2 ley 30/92, solo sería posible a partir del 1-1-92.

Por las razones expuestas, la imposición de la sanción vulnera el art. 25 CE ya que para la administración carece de cobertura legal para sancionar ya que la recurrente no se dedica habitualmente a la actividad por la que ha sido sancionada. Tampoco se indica por la administración cual es el tipo exactamente infringido (art. 71, sin especificar apartado). En este sentido, la actividad sancionada no puede subsumirse en ninguno de los apartados del art. 71 LMV al que por remisión envía el art. 99.q) de la misma ley, y ello, por faltar el requisito de habitualidad en la prestación del servicio, cuestión fáctica que incumbe probar a la administración, lo que no ha hecho.

El proyecto de ley de reforma de la ley del mercado de valores confirma la tesis de que en la actualidad las sociedades como la recurrente pueden realizar, accidentalmente, la funciones que venía desarrollando.

2) Principio de presunción de inocencia.

Se invoca expresamente en relación con las conductas consistentes en gestionar la suscripción de fondos de inversión y por medias en la colocación de emisiones de valores.

La administración sanciona con la única prueba de la falta de negativa de los recurrentes a las acusaciones por ella formuladas, lo que no es cierto y resulta inadmisibles. La única contraprestación que reconocen haber percibido es la comisión de gestión de cartera del cliente.

3) Principio de responsabilidad e imputabilidad.

La recurrente actuó en el convencimiento de que lo hacía de forma lícita, en atención a los propios actos de la CNMV que así lo dejaba entrever (circular 5/92, normas de contabilidad de sociedades gestoras de carteras, falta de sanción anterior por la realización de la misma conducta con conocimiento de la CNMV, cese de sus actividades al recibir el primer requerimiento de la CNMV) sin que en ningún momento se causara perjuicio económico a sus clientes.

4) Principio de proporcionalidad:

La administración no ha tenido en cuenta las circunstancias personales concurrentes a la hora de fijar la sanción (art. 131.1 Ley 30/92).

Termina afirmando que existe una grave incongruencia en la actuación de la administración, ya que impone a Don C. T. S. y Don C. P. C. una sanción superior en grado a la impuesta a la entidad (inhabilitación).

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 alegó que no existió ninguna de las infracciones procedimentales denunciadas, pues no se causó indefensión al recurrente. Respecto del fondo del asunto, niega que la actividad descrita se realizara sin carácter habitual pues se ha demostrado que el 50% de los ingresos de la sociedad tenían su origen en el desarrollo de dichas actividades. Por otra parte los consejeros han sido sancionados de acuerdo con el principio de culpabilidad pues la actuación realizada por la sociedad les es directamente imputable. La resolución motiva la imposición de la sanción por lo que se ha respetado el principio de proporcionalidad.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta y declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por la partes ratificando sus alegaciones anteriores.

QUINTO.- Señalado el día 18 de noviembre de 1988 para la votación y fallo, se acordó dar a las partes un trámite de audiencia, ante la publicación en el BOE de la ley 37/98 sobre reforma del mercado de valores. Tras recibirse el último informe el 23 de febrero de 1.999, el Magistrado Ponente dio cuenta a la Sección, lo que ha dado lugar al retraso en la elaboración de la presente Sentencia.

Los recurrentes alegaron que la ley 37/98 definitivamente limita la actuación de las sociedades gestoras de carteras a la gestión de carteras de inversión con arreglo a los mandatos de los inversores, lo que evidencia que antes sí podían realizar actos por los que fue injustamente sancionada.

Destaca también que la falta de modificación del art. 99. q de la ley 24/88 ha producido una falta de ajuste en el reenvío que el mismo precepto realizaba al art. 71 de la ley, y que ahora debe entenderse hecho al 63.

Reitera los argumentos contenidos en la demanda y destaca que con arreglo a la ley 37/98 la conducta consistente en la mediación en la suscripción y reembolso de participaciones de fondos de inversión, ha dejado de estar tipificada al no aparecer en el art. 63.1 de la ley.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna la OM de 25 de julio de 1995 en la medida en que impuso a los recurrentes, "G.I.P., SGC, S.A." y a sus Consejeros Don C.T.S. y Don C.P.C., entre otros, las siguientes sanciones:

1) A "G.I.P., SGC, S.A.":

4 sanciones de multa por infracción del art. 99.q en relación con el art. 71 de la ley 24/88 del Mercado de Valores por los siguientes hechos:

a) Desarrollo de operaciones por cuenta propia en repos con los fondos de sus clientes vulnerando el principio de prioridad de intereses de éstos. La cuantía de la multa fue de 20.000.000 pts.

b) Realización de actividades no permitidas de colocación de emisiones de valores. La cuantía de multa fue de 4.170.689 pts.

c) Realización de actividades no permitida de comercialización de fondos. La cuantía de la multa fue de 14.200.418 pts.

d) Realización de actividades no permitidas de inversión por cuenta propia en pagarés de ESABE. La cuantía de la multa fue de 2.300.000 pts.

2) A Don C. T. S.

Se le impusieron 4 sanciones por los siguientes hechos:

a) Desarrollo de operaciones por cuenta propia en repos con los fondos de sus clientes vulnerando el principio de prioridad de intereses de éstos. La sanción fue de inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por 3 años.

b) Realización de actividades no permitidas de comercialización de fondos. Se le impuso una multa por importe de 4 millones de pts.

c) Realización de actividades no permitidas de inversión por cuenta propia en pagarés de ESABE. La cuantía de la multa fue de 5 millones de pts.

d) Realización de actividades no permitida de colocación de emisiones de valores. La cuantía de la multa fue de 4.000.000 pts.

3) A Don C.P.C.

Se le impusieron 4 sanciones por los siguientes hechos:

a) Desarrollo de operaciones por cuenta propia en repos con los fondos de sus clientes vulnerando el principio de prioridad de intereses de éstos. La sanción fue de multa de 4.200.000 pts.

b) Realización de actividades no permitidas de comercialización de fondos. Se le impuso una multa por importe de 1 millón de pts.

c) Realización de actividades no permitidas de inversión por cuenta propia en pagarés de ESABE. La cuantía de la multa fue de 4 millones de pts.

d) Realización de actividades no permitidas de colocación de emisiones de valores. La cuantía de la multa fue de 1.600.000 pts.

Las alegaciones de los recurrentes pueden agruparse en dos grandes grupos:

a) Las violaciones de derechos fundamentales, básicamente infracción de normas de procedimiento y principio de legalidad, que ya fueron objeto de impugnación por el cauce del procedimiento previsto en la ley 62/1978, y en el que recayó sentencia desestimatoria de fecha 22 de noviembre de 1996 dictada por la Sección Primera de esta Audiencia Nacional. Esta Sentencia se encuentra recurrida en casación ante el Tribunal Supremo.

b) Las infracciones de derechos fundamentales alegadas "ex novo" en este procedimiento: derecho a la presunción de inocencia, principio de culpabilidad, principio de proporcionalidad.

c) La infracciones de mera legalidad que imputa a la resolución impugnada en la interpretación del art. 99.q) de la ley 24/88 del Mercado de Valores, a la hora de realizar la subsunción de la conducta en el tipo sancionador.

Respecto de las pretensiones descritas en apartado a), no procede emitir en este momento pronunciamiento alguno ya que, tras haber sido objeto de un pronunciamiento desestimatorio por la Sentencia de 22 de Noviembre de 1996 de esta Audiencia (Sección Primera), se encuentra pendiente de resolver el recurso de casación interpuesto contra la misma, razón por la que cabe apreciar la existencia de la excepción de litispendencia, y en consecuencia, declarar la inadmisibilidad del recurso en este extremo (art. 82.d de la LJCA de 1956, según la interpretación constante que del mismo ha hecho el TS en el sentido de equipar a estos efectos la cosa juzgada y la litispendencia).

Este pronunciamiento es lógico habida cuenta de la naturaleza de procedimiento de cognición limitada que debe atribuirse al segundo por los cauces de la Ley 62/1978, y de la elección del recurrente en el sentido de seguir dicha vía para depurar las infracciones de derechos fundamentales denunciadas, en lugar de hacerlo por el procedimiento ordinario. No cabe duda que siendo ambas vías posibles, una vez elegida una de ellas debe estarse a lo que resuelva en la misma, sin que puedan utilizarse ambas alternativamente para alegar la misma infracción de derechos fundamentales.

Esta decisión se toma de oficio ya que no fue alegada por el Abogado del Estado, por tratarse de una cuestión de orden público procesal. Tampoco se dio audiencia previa a los recurrentes, y ello porque en la demanda se alude ya a esta posibilidad y se exponen los argumentos para defender la tesis contraria, por lo que no se ha producido en consecuencia indefensión alguna. Con este planteamiento, acordar una nueva audiencia preliminar constituiría un trámite superfluo, contrario al principio de economía procesal y productor de una dilación indebida.

Las restantes infracciones se analizan en los FFJJ siguientes.

SEGUNDO.- De las distinta infracciones de derecho fundamentales invocadas en la letra b) del FJ anterior, analizaremos en primer lugar la relativa al derecho a la presunción de inocencia, por su carácter prioritario y teniendo en cuenta que si bien solo se alega expresamente respecto de alguna de las sanciones impuestas, realmente se alega de forma implícita en todos los motivos del recurso, ya que en todos se aduce la imposición de una sanción sin práctica de actividad probatoria suficiente, fundamento esencial del derecho invocado (STC 102/1994).

Llegados a este punto, debe tenerse muy presente la Sentencia de esta Sección de fecha 11-9-98, dictada en el recurso núm. 895/95 seguido a instancias de P.N., Consejero de "G.I.P.,

SGC, S.A.", que fue sancionado por la misma OM impugnada y por los mismos hechos que motivan estas actuaciones. No es la primera vez que esta Sección se enfrenta al problema derivado de una declaración de hechos probados consignada en otra Sentencia que es firme y en la que los recurrentes en este procedimiento que no fueron parte, porque no había motivo para ello (SAN 10-9-98 rec. núm. 1086/95). De forma mas concreta se plantea el problema derivado de la vinculación en este procedimiento de los hechos que anteriormente se declararon probados y su compatibilidad con el derecho a la presunción de inocencia de quien no fue parte en el primer procedimiento, y la máxima del Tribunal Constitucional de que "*uno mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado* (STC 77/1983)". Concluíamos en la SAN y reiteramos aquí que el derecho a la presunción de inocencia debe prevalecer, como de forma implícita ha venido a reconocer el propio Tribunal Constitucional (SSTC 31/95 y 30/96).

Así las cosas, la lectura de la resolución impugnada (pág. 29), como subraya el Abogado del Estado, nos revela el importante volumen de ganancias de la empresa derivados de la realización de estas operaciones (en 1992 superó el 50% de los resultados de explotación) y la importante inversión realizada en pagarés de ESABE (186 millones de pts). Estas afirmaciones, acreditadas con soporte documental, no han sido objeto de refutación por los recurrentes y evidencia que la actividad desarrollada no podía ser ocasional o no habitual, precisamente por la magnitud de las cuantías. De esta forma puede entenderse desvirtuada la presunción de inocencia de los recurrentes por concurrir prueba de cargo o suficiente para fundar la imposición de sanción.

Respecto del principio de culpabilidad, solo cabe decir, con arreglo a una constante serie de Sentencias de esta Sección, según las cuales la exigencia de responsabilidad al Consejo o a los administradores en general, tiene su fundamento lógico en que es este órgano el que ejerce, con las amplias facultades que les conceden los estatutos, el control de la Entidad. Este poder está directamente dirigido y concebido para que pueda garantizar su correcto funcionamiento, y muy singularmente, para evitar la realización de conductas que por su especial gravedad, puedan comprometer el destino de la Entidad, como ocurrió en este caso, pues no parece razonable que quien tiene como misión la representación de la sociedad, y goza de los poderes en el seno de la misma para corregir las deficiencias que se produzcan, pretenda eludir la responsabilidades que sean consecuencia de la mala gestión, lo que tiene su aval en art. 105.a) Ley 24/88 del Mercado de Valores. Acreditada la pertenencia a los órganos de gestión de los recurrentes en el período en el que se cometieron las infracciones, procede, sin más, desestimar este otro motivo de recurso.

Finalmente, respecto del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones, solo decir que aunque se niega que se tomen en consideración las circunstancias concurrentes para modular la sanción afirmación que queda en evidencia tras la lectura de la pág. 32 de la O.M., donde expresamente se refiere a las circunstancias concurrentes para graduar la imposición de la sanción relación que se acompaña con una razonable ponderación de la mismas.

TERCERO.- En último lugar, debe hacerse referencia a la alegación relativa a la defectuosa subsunción de la conducta desarrollada en la norma aplicada, por parte de la administración, y mas concretamente por omitir en su razonamiento que para poder ser objeto de sanción, las conductas descritas debían realizarse de forma habitual.

Con independencia de otro tipo de argumentaciones, debe traerse a colación lo dicho anteriormente respecto del derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de que la actividad desarrollada por los recurrentes debe calificarse de habitual, y por lo tanto subsumible en el tipo aplicado.

Finalmente, tras la ley 37/98 de reforma del Mercado de Valores, debe concluirse que las actividades permitidas a las Sociedades Gestoras de Carteras son únicamente las expresamente previstas en el art. 64.4 de la citada ley. La comparación entre el nuevo régimen legal y el vigente al tiempo de cometerse la infracción, no permite concluir que la nueva regulación sea mas permisiva que la anterior, por lo que también debe decaer la petición de aplicación retroactiva de ley mas favorable. La limitación actual no evidencia que anteriormente pudiera desarrollarse la conducta objeto de sanción de forma habitual como pretende la recurrente, sino mas bien todo lo contrario.

Por otra parte, carece de relevancia la evidente falta de sincronía padecida por el legislador al no modificar el art. 99.q), pues se trata de un simple error de sistemática fácilmente detectable como los propios recurrentes han puesto de manifiesto.

CUARTO.- No se aprecian 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

Declaramos inadmisibile el recurso respecto de las pretensiones a que se refiere el FJ 1 a) de esta sentencia y que fueron resueltas por la Sentencia de la Sección Primera de esta Audiencia de fecha 22-11-96.

Confirmamos el acto impugnado respecto del resto de pedimentos.

No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes.

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