

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE NOVIEMBRE DE
2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 330/00
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de septiembre de 1999, confirmada en vía administrativa por otra del mismo Ministerio de 24 de enero de 2000
Fallo: Parcialmente estimatoria

Madrid, a veinticinco de noviembre de dos mil tres.

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 330/2000, seguido a instancia de Don R. L. N. S., representado por el Procurador Don L. P. O, con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogada del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en menos de 150.253 €, e intervino como ponente el Magistrado D. Santiago Soldevila Fragoso.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó orden de fecha 22 de septiembre de 1999, confirmada mediante resolución de 24 de enero de 2000, en virtud de la cual imponía al recurrente, entre otro, y en calidad de Director del Departamento de Intermediación y Gestión de "S. C. G., A.V., S.A.", la sanción de multa por importe de 5 millones de pts. (30.000,05 €) como consecuencia de la comisión de la infracción grave prevista en el Art. 99 s) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, derivadas de los siguientes hechos:

* La entidad "S. C. G., A. V., S.A.", se inscribe como agencia de Valores en el Registro de la CNMV el 19-12-1997, figurando el recurrente como Auxiliar, Director de Departamento, asumiendo la responsabilidad de *"responsable de intermediación en los mercados nacionales y extranjeros, en operaciones de renta fija y variable, en mercados primarios y de la promoción de los servicios de gestión de carteras para clientes institucionales y privados"*.

* En el ejercicio de su función el recurrente dependía directamente del Consejero Delegado sin ostentar facultades de representación y tampoco consta inscrito en el registro de Personal de Alta dirección en la CNMV. En 1998, fecha en la que se producen los hechos estaba ligado a la empresa por un contrato laboral con una retribución de 1.330.602 pts. por año.

* En el apartado Hechos Probados (nº 11) de la OM impugnada, expresamente se declara probado que:

El 27 de febrero de 1998, como consecuencia de una visita de Inspección de la CNMV a la sede de "S. C. G., A.V., S.A." se constató que la Agencia contaba con 1076 cuentas de gestión de carteras que correspondían a 1056 clientes (el 94,64% de su clientela), de los cuales sólo 75 habían entregado a "S. C. G., A.V., S.A." efectivo o valores para su gestión, 148 no habían realizado ninguna operación y el resto (el 90%) sólo había realizado una operación: haber acudido el 17-02-1998 a al OPV de acciones de Argenteria vendiendo

ese mismo día los títulos, sin haber realizado en su inmensa mayoría, una previa aportación de fondos.

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

a) Infracción del principio de imputabilidad: el recurrente no es Director General ni asimilado.

La falta de esa condición determina la inexistencia de legitimación pasiva del recurrente que era Director de un Departamento en el que el único subordinado suyo era a la vez un Consejero Delegado, lo que evidencia su falta de poder en la empresa y no percibe una retribución asimilada a dicho cargo. No ha tenido firma de la entidad, que sólo contaba con 4 empleados dos de los cuales eran a la vez Consejeros Delegados, ni participación en el diseño de la misma. El art. 13 RD 296/89 exige para ser considerado personal de alta dirección la inscripción en Registro lo que no ocurre con el recurrente, ni concurren los requisitos del RD 1382/1985.

b) Infracción del principio de culpabilidad.

No se fundamenta en la propuesta de resolución la responsabilidad del sancionado. No consta que el recurrente firmara contratos que impliquen la simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos, pues a lo sumo lo que consta es que contactó con una persona de 21 años para ese fin. Por otra parte, no firmó contrato alguno en orden a utilizar personas físicas o jurídicas interpuestas para lograr resultados prohibidos. Invocar el art. 15 Ley Disciplina e Intervención Bancaria y el art. 25 CE para concluir que le ha sido exigida una responsabilidad de forma objetiva.

c) Infracción el principio de tipicidad.

Se ha aplicado analógicamente el Art. 99 s) LMV, y se exige la responsabilidad a título de culpa cuando la conducta descrita sólo puede cometerse a título de dolo. Señala que la práctica de la Agencia era legal como lo evidencia un informe del Consejo Consultivo y conocida por la CNMV, consistente en la de ordenar compras sin la previa provisión de fondos.

d) Infracción del principio de proporcionalidad:

No se atiende a la graduación del art. 131 Ley 30/1992. En el FJ 14 de la OM no se hace referencia a la responsabilidad por dolo o culpa del recurrente en la "interposición de personas" y lo sanciona con la misma intensidad que a los Consejeros Delegados.

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 los argumentos del recurrente en los siguientes términos:

A) Infracción del principio de imputabilidad:

Los Art. 95 y 105 LMV y 15 Ley 26/88 establecen la posibilidad de sancionar también a quien de hecho desarrolle funciones de lata dirección en la Agencia por lo que es indiferente el título del recurrente y su inscripción en el Registro. Dado el pequeño volumen de la empresa su puesto de Director de Departamento puede entenderse asimilado al de Director General, y además estaba bajo la dependencia directa de un Consejero Delegado, y tenía a su cargo la gestión de carteras para clientes con independencia de que no tuviera firma en dicha entidad. Está acreditado que ordenó aperturar cuentas a nombre de tercero sin contar con provisión de fondos, lo que evidencia sus facultades.

B) Infracción del principio de culpabilidad.

Tras recordar la doctrina de la Sala sobre la responsabilidad de los miembros de los Consejos de Administración, se remite al FJ 15 de la Resolución impugnada donde constan los hechos que se imputan al recurrente y las razones que conducen a dicha declaración destacando la colaboración del actor a la comisión de hechos prohibidos.

C) Infracción del principio de tipicidad:

Se remite al FJ 10 de la OM, que destaca que las dos conductas imputada están tipificadas en el Art. 99 s) LMV. Dado que el tipo del Art. 99 s) LMV no exige exclusivamente su comisión por dolo, y la actuación de simulación ha tenido su causa en otra actuación más amplia, la de interposición de personas que sí se ha cometido de forma dolosa, no puede considerarse vulnerado el principio de tipicidad.

D) Infracción del principio de proporcionalidad.

Se remite al FJ de la OM, y destaca el papel del recurrente en la captación de clientes, lo que le involucra plenamente en la actuación constitutiva de la infracción de interposición de personas. En cuanto a la simulación de transferencias, dicha conducta es una consecuencia derivada de una actuación más amplia resultado de una estrategia diseñada y desarrollada por "S. C. G., A.V., S.A." y cuya responsabilidad ha de imputarse a todas las personas sancionadas.

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

QUINTO.- Señalado el día 25 de noviembre de 2003 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de las sanciones impuestas al recurrente en su condición Director del Departamento de Intermediación y Gestión de la Agencia de Valores "S. C. G., A.V., S.A.", como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución. Las alegaciones sobre las que se vértebra la defensa se construyen entorno a una idea esencial: la violación por la O.M. impugnada de los principios básicos que rigen el procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal, con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento. En consecuencia analizaremos por separado las distintas garantías invocadas, teniendo en cuenta que esta Sección ha dictado tres Sentencias en fecha 22-01-2003 (rec. nº 491/00, y 10 de abril de 2003, rec. nº 275/00 y nº 315/00) en virtud de las cuales se confirmó la OM por la que se sancionaba por estos mismos hechos a los Consejeros y empleados de la Agencia.

SEGUNDO.- La primera y segunda queja formuladas en la demanda se reconducen a la infracción que imputa a la resolución recurrida del principio de culpabilidad por lo que trataremos de forma unitaria ambas cuestiones. La central que se plantea en este apartado es la relativa a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haber sido sancionado de forma objetiva y sin pruebas suficientes, por el simple hecho de ostentar el puesto de Director del Departamento de Intermediación y Gestión, que por otra parte se niega que pueda asimilarse aun puesto de alta dirección. Frente a esta afirmación, debemos concluir que es doctrina reiterada de esta Sección (SAN 27-10-1999 rec. 246/1997 además de las sentencias antes citadas entre otras muchas), confirmada por el TS (STS 2-6-2003 rec. nº 6982/98 y 27-2-2003 nº rec. 8747/97), que, en principio es exigible responsabilidad al Consejero de una sociedad por causa de no haber ejercido sus atribuciones en orden a evitar una actuación ilícita de la misma, y ello aunque no ocupe puestos de gestión directa de la Compañía, razón de más para que esta responsabilidad sea exigida a quien de forma material ejerce funciones de Dirección y Gestión, en los términos que señala el art. 15.2 b) de la Ley 26/1988. En efecto, en las sentencias aludidas decíamos que: La Ley 26/1988, de Disciplina e Intervención en las Entidades de Crédito, en su art. 15.2, aplicable al caso (art. 98 Ley 24/1998), establece como regla general que los administradores, con expresa mención a los Consejos de Administración, *"serán considerados responsables de las infracciones muy graves cometidas por las Entidades de Crédito, salvo... 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"*. Esta regulación se complementa con el art. 105.a) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en la relación procedente de la reforma operada por la Ley 3/1994, donde se dice que *"Además de la infracción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infracción sea una persona jurídica podrá imponerse una de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma, sena responsables de la infracción"*. De esta construcción se desprende que es la propia Ley (art. 15.2 Ley 26/1988), la que establece la responsabilidad de los Directores en el caso de que su actuación directa pueda ser incardinada en alguno de los tipos sancionadores. En el presente caso, como se razona en el FJ de la OM impugnada, el recurrente, de facto,

como subraya el Abogado del Estado de acuerdo con el Art. 105 LMV, ejercía funciones de alta dirección en la agencia conclusión a la que se llega por su nombramiento como Director del Departamento de Gestión e Intermediación que tenía como cometido la principal actividad de la Agencia, precisamente la responsabilidad en actuaciones de intermediación y la promoción de los servicios de gestión de carteras y ello en el ámbito de una Agencia pequeña que operaba con una red de clientes extraído del marco de las relaciones familiares y personales de los accionistas, subrayando la baja edad y escaso poder adquisitivo de los suscriptores de la operación de 17-02-1998 descrita en los Antecedentes de esta resolución. El hecho de que no conste documento alguno que acredite que el recurrente haya diseñado la operación objeto de sanción no le exonera de responsabilidad, pues su posición en la Agencia no es la de un simple empleado: en primer lugar es accionista de la misma con un 2,67% de un capital de 150 millones de ptas., ostenta el puesto de Director del Departamento responsable de la operación, actúa bajo las órdenes directas de un Consejero Delegado, y consta que ha realizado funciones de aportación de clientes para la referida operación; es el conjunto de todas estas circunstancias la que permiten concluir que no sólo no era ajeno a la actuación de "S. C. G., A.V., S.A." sino que fue elemento indispensable para su ejecución y ello con independencia de que figure o no en un Registro de empleados de alta dirección o nominalmente ostente ese cargo, pues la Ley expresamente permite exigir responsabilidades a quien de facto desarrolle funciones de esa naturaleza.

TERCERO.- En relación a la tercera cuestión, infracción del principio de tipicidad, de acuerdo con el Abogado del Estado nos remitimos al FJ 10 de la OM impugnada que invoca el Art. 99 s) LMV como norma que tipifica la conducta sancionada. La norma describe dos actuaciones, por una parte la utilización de personas interpuestas para lograr un resultado prohibido, y por otra la realización de operaciones sobre valores que implican simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos. El bien jurídico que se protege con ellas es la transparencia del mercado, y resulta inequívoco que la actuación de la recurrente ha ido encaminada a obtener la opacidad de unas determinadas conductas bien para la ocultación de éstas en sí mismo o bien proteger la identidad del verdadero titular de la operación, razones por las que entendemos que la infracción se ha consumado con la forma de proceder del recurrente, claramente voluntaria en la conducta consistente en la interposición de personas y amparada en una culpa grave que raya con un dolo eventual, respecto de la segunda conducta sobre simulación.

CUARTO.- Finalmente, la demanda se centra en reprochar a la resolución impugnada la infracción del principio de proporcionalidad, planteamiento con el que debemos mostrar nuestra parcial conformidad, con arreglo a los siguientes argumentos: La sanción de 5 millones de ptas. se impone en su grado máximo (art. 102 LMV), lo que implica que no se ha tomado en consideración la distinta antijuridicidad existente entre las conductas de los dos Consejeros y de Don C. L. y la del recurrente, pudiendo observarse diferencias relevantes a estos efectos entre ambos como son la distinta participación en la sociedad, la distinta responsabilidad de cada uno, y la mención en la propia OM de que fueron los dos Consejeros los que diseñaron la estrategia seguida. Por ello y dado que no se menciona la concurrencia de ninguna circunstancia agravante concurrente en la persona del recurrente entendemos que debe ser sancionado en el grado mínimo, reduciendo prudencialmente la sanción a 10.000 €.

QUINTO.- 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

Estimamos parcialmente el recurso interpuesto y fijamos la cuantía de la sanción impuesta, que mantenemos, en 10.000 €, desestimando las demás pretensiones. No ha lugar una expresa imposición de costas a las partes litigantes. Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.