

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 NOVIEMBRE DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 46/04
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 2 de noviembre de 2006.

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 46/2004, seguido a instancia de Don R.P.A., representada por el Procurador de los Tribunales Don F.P.R., 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 Abogacía 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 150.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1) Por el Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden de fecha 24 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se imponía al recurrente la sanción de multa de 6.010 euros, como autor de una falta muy grave prevista en el artículo 32.4 e) de la Ley 46/1984 de 26 de diciembre, sobre Instituciones de Inversión Colectiva por incumplimiento del coeficiente de inversión mínima del art. 18 del mismo texto legal

2) En la referida resolución se declara probado que

a) El recurrente fue nombrado el 28 de marzo de 2001 como secretario Consejero de "G., SGIIIC, S.A."

b) El 31 de agosto de 2001 los servicios de supervisión de la CNMV giraron visita a la mencionada SGIIIC, y detectaron que ésta gestionaba dos fondos de inversión y que las decisiones de inversión se tomaban en cada fondo de forma independiente, subrayando que a 31 de agosto de 2001 el coeficiente de inversión en el fondo "M. FIM" era del 68% debido a que en julio de 1999 contrató un depósito a 10 años con Deutsche Bank AG que a 31 de agosto de 2001 suponía el 29% del patrimonio.

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 acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) El incumplimiento del coeficiente de inversión no es imputable al recurrente: la contratación del depósito que motivó el déficit fue anterior a la fecha de su

nombramiento y su actuación ha sido de colaboración con la CNMV, acordándose el 13 de diciembre de 2001 el cese de la Consejera Doña P.F.F. que seguía gestionando el fondo controvertido y subsanaron el déficit denunciado.

2) Improcedencia de la sanción impuesta al recurrente: Estima infringido el principio de culpabilidad ya que se le exige responsabilidad de forma objetiva. Invoca el art. 32.7 de la Ley 46/1984 y 15.2 de la Ley 26/88.

3) Aplicación retroactiva de la Ley 35/2005 de IIC: La conducta del recurrente no puede ser calificada como infracción muy grave ya que para ello el art. 35 de la nueva Ley exige que se haya desvirtuado el objeto de la IIC o perjudicado gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros (art. 80), lo que no ha ocurrido en este caso, mientras que el antiguo art. 32.4 de la Ley 46/88 solo exigía para esta calificación el mero incumplimiento del coeficiente.

4) Infracción del principio de proporcionalidad: no se motivó la procedencia del importe de la multa, y no se toman en consideración los criterios legales de 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 con remisión a su fundamentación jurídica.

CUARTO.- Ninguna de las partes solicitó el recibimiento del procedimiento a prueba, acordándose en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

SEXTO.- Señalado el día 24 de octubre de 2006 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.- 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 cuanto persona física que integraba el Consejo de Administración de "G., SGIC, S.A.", como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución.

Las alegaciones sobre las que se vertebra 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:

Por otra parte debe tenerse en cuenta que este mismo Tribunal en la SAN de 21 de marzo de 2006, rec. n° 45/2004, desestimó el recurso interpuesto por Don J.A.O. contra la misma resolución en quien concurren las mismas circunstancias que en el recurrente y formuló sustancialmente las mismas alegaciones por lo que en aplicación del principio de igualdad de doctrina debemos remitirnos a la referida resolución y en consecuencia desestimar el recurso.

SEGUNDO.- Respecto de la primera alegación, comisión del hecho en época anterior al nombramiento como administrador de la sociedad, debemos realizar una importante precisión: En primer lugar la entidad de la conducta imputada, es decir, la evidencia, no cuestionada, de que los coeficientes de inversión no se respetaban por la SGIIIC, y en segundo lugar que a pesar de tratarse de una cuestión básica de la que todo administrador de una SGIIIC debe tener conocimiento, el recurrente tomó posesión de su cargo sin realizar la más mínima actividad de comprobación al respecto, para concluir poniendo de manifiesto que los hechos se descubren a raíz de una visita de los órganos de Inspección de la CNMV y no como consecuencia de denuncia del recurrente. Por este motivo resulta indiferente que las operaciones que dieron lugar al déficit en el coeficiente fuera anterior a su toma de posesión en la sociedad, pues lo cierto es que dicha irregularidad se mantuvo durante su mandato y si ello fue durante un corto período de tiempo se debió a la actuación inspectora de la CNMV, y no a su conducta diligente.

TERCERO.- En relación a la infracción que la demanda imputa a la resolución recurrida sobre el principio de culpabilidad, se centra en la velada invocación de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia al haber sido sancionado de forma objetiva, por el simple hecho de ser miembro del Consejo de administración, sin pruebas objetivas suficientes. 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. n° 6982/98 y 27-2-2003 n° 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. 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, establece como regla general que los administradores, con expresa mención a los Consejos de Administración, “serán considerados responsables de las infracciones muy graves o 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. 32.7 de la Ley 46/1984 de IIC. De esta construcción se desprende que es la propia Ley (art. 15.2 Ley 26/1988), la que establece la responsabilidad inicial de los miembros del Consejo de Administración por la comisión de faltas como la presente, calificadas como muy graves. Esta 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 (art. 89, 127, 129, 171, 141, 172 LSA). 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 las responsabilidades que sean consecuencia de la mala gestión. No obstante, esta declaración de culpabilidad establecida en la Ley, podría, efectivamente, chocar con el art. 24 CE, en la medida en que de ella pudiera derivarse una responsabilidad objetiva y automática de los Consejeros, siempre y en todo caso, pero esa no es ni la previsión legal, ni el proceso lógico seguido por la O.M. en cuestión para imponer la multa impugnada. En este sentido, el mecanismo legal que permite desvirtuar la tacha de inconstitucionalidad formulada es el siguiente: el propio redactado del art. 15.2. a) y b), de la Ley 26/1988. Así el apartado a) recoge supuestos que no se plantean en este caso (inasistencia del Consejero a la reunión en la que se tomó el acuerdo lesivo, o emisión de voto particular), mientras que el b) les exonera de responsabilidad cuando "las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones Ejecutivas. Consejeros Delegados, Directores Generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad".

La STC 154/1994, FJ 3, analiza en el ámbito del derecho administrativo sancionador, un supuesto que si bien parte de una base fáctica distinta del sometido a enjuiciamiento, contiene una doctrina plenamente aplicable al caso. Tras dejar sentado que los desplazamientos legales de responsabilidad deben fundamentarse en la concurrencia de una circunstancia de carácter subjetivo para ser constitucionalmente aceptables, mantiene que de la simple titularidad de un bien o derecho, pueden derivarse responsabilidades si el sujeto no actúa diligentemente en sus facultades de control. Es indudable que la pertenencia a un Consejo de Administración, la simple titularidad del cargo, se traduce en una serie de atribuciones que se confieren a los nombrados, justamente para ser utilizadas en orden a prevenir situaciones como la enjuiciada; el descuido en el ejercicio de esas facultades, que aboca a la Sociedad a la comisión de una falta muy grave, extremo en este caso confirmado por la SAN de 12-2-2003 rec. nº 7/2000, implica un grado de negligencia o culpa suficiente para entender satisfecha, desde la óptica constitucional, la exigencia que dimana de la legislación citada.

CUARTO.- En cuanto a la aplicación retroactiva de la Ley 35/2005 de 4 de noviembre sobre IIC, obviamente debemos compartir el planteamiento de la recurrente en cuanto a la aplicación retroactiva de la norma sancionadora más favorable, pero ese no es el caso que se plantea en este proceso. En efecto, tanto en el art. 32.4 de la Ley 46/84, como en el art. 80 de la vigente Ley 35/2005, para la calificación de la conducta como falta muy grave se exige, en esencia, la desvirtuación del objeto de la IIC o el perjuicio de los intereses de accionistas, participantes o terceros, siendo incluso la nueva legislación más severa tanto por la previsión de sanciones de mayor cuantía, como por el hecho de que basta que la comisión de la conducta ponga en grave peligro, no gravísimo como imponía la legislación anterior, los intereses protegidos.

Finalmente, la demanda se centra en reprochar a la resolución impugnada la infracción del principio de proporcionalidad, planteamiento con el que debemos mostrar nuestra disconformidad, pues en definitiva la sanción se impuso en la escala más baja del grado mínimo y ello como consecuencia de la apreciación de las atenuantes que se referencian en FJ 10 de la resolución recurrida (menor magnitud del daño, colaboración con la Administración)

QUINTO: No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

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

FALLO

Desestimamos el recurso y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ, al tiempo de notificar esta sentencia se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.