

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE MAYO DE 1996

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Procedimiento: Ley 62/78 (Derechos Fundamentales)
Recurso nº: 143/94
Ponente: D. José Luis Requero Ibañez
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 1993, confirmada en reposición por Resolución del mismo Ministerio de 6 de mayo de 1994
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a diez de mayo de mil novecientos noventa y seis.

Vistas las actuaciones seguidas en el Recurso que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sección Primera, constituida por los señores al margen anotados, frente a la Administración del Estado, interpuesto por la representación de D. J.M.A. contra las actuaciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero por los trámites de la ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y en la que han sido partes además de la demandante, el Ministerio Fiscal y el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso jurisdiccional por el procedimiento de protección Jurisdiccional de los Derechos y Libertades Fundamentales (Ley 62/78, de 26 de diciembre) contra la resolución de 20 de diciembre de 1.993 del Ministerio de Economía y Hacienda, confirmada en reposición por la de 6 de mayo de 1.994, por la que se sanciona al recurrente con multa de 2.000.000 de pesetas como miembro del Consejo de Administración de G.M., S. A., SGIIIC, por la comisión de la infracción muy grave tipificada en el artículo 32.4 b) de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, todo ello al entender la parte demandante que es contraria a los artículos 24.1 (sic) presunción de inocencia, 24.2 (sic) tutela judicial efectiva, y 25.1, referido a los principios de tipicidad y non bis in idem, de la Constitución.

SEGUNDO.- Incoado ante esta Sala recurso contencioso-administrativo, se reclamaba a la Administración el envío del expediente administrativo.

TERCERO.- Continuando el trámite, la parte demandante formalizó escrito de demanda en el que, tras alegar los Antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, suplicó la estimación de sus pretensiones con la consiguiente revocación de las resoluciones referidas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia basándose en que se vulnera la presunción de inocencia pues no fue llamado a declarar en el expediente ni se ha probado su participación en los hechos ya que no se le citó a las reuniones del Consejo de Administración sin que sea admisible la responsabilidad objetiva pues la verdadera responsable fue la Directora General; señala que no se han tenido en cuenta los criterios legales de graduación de la sanción y se remite al Informe del Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores; alega que se ha vulnerado el principio de tipicidad ya que se sanciona a la entidad con veinte millones de pesetas de multa y con dos millones a cada miembro, lo que implica rebasar el máximo legal de veinticinco millones y, además, se conculca el artículo 32.5 según el cual habrá una misma sanción para la sociedad y los Consejeros; añade que se ha conculcado el principio non bis in idem pues por los mismos hechos le ha sancionado la CNMV y el Ministerio y que se conculca el derecho a la

tutela judicial efectiva por no habersele notificado la decisión de dividir el expediente único incoado el 10 de marzo de 1.993 en cuatro partes.

CUARTO.- El Abogado del Estado alegó que la demanda debe ser desestimada remitiéndose a las Resoluciones impugnadas así como a lo fallado por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de mayo de 1.995; sostiene que no se ha conculcado la presunción de inocencia pues pertenecía al Consejo de Administración, no desarrolló una actividad encaminada a conocer el funcionamiento de la sociedad oponiéndose a las operaciones objeto de sanción siendo la graduación que se ha hecho de la sanción cuestión ajena a la presunción de inocencia; en cuanto a la infracción del artículo 25 de la Constitución alega que el artículo 32.7.2 de la Ley 46/84 aplica el artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de Instituciones de Crédito, lo que hace compatible la sanción a la sociedad y a sus administradores y sin que se conculque el derecho a la tutela judicial efectiva. El Ministerio Fiscal sostiene que la demanda debe ser desestimada pues confunde lo que es la presunción de inocencia con la valoración de las pruebas practicadas en el expediente, en cuanto a la infracción del principio de tipicidad, de ser cierto lo sería respecto de la sanción impuesta a la sociedad y no a él, en cuanto a la infracción del principio non bis in idem indica que la sanción impuesta por la CNMV y por el Ministerio se refieren a hechos diferentes sin que se haya conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva.

QUINTO.- Declaradas concluidas las actuaciones, se señaló el día 8 de mayo de 1.996 para deliberación, votación y fallo de esta causa habiéndose observado en la tramitación de la misma los preceptos legales.

Siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, Magistrado de esta Sala, que expresa su parecer conforme a los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este procedimiento especial y sumario, regulado en la ley 62/78, consiste en el enjuiciamiento de aquellos actos o disposiciones que, sometidos a Derecho Administrativo, afectan a aquellos derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución de 1.978, especialmente protegidos (en concreto artículos 14 a 30.2 de la CE). Partiendo de ese elemental esquema, la parte demandante impugna el acto referido en el Antecedente de Hecho 1º de esta Sentencia por entender que es contrario a los artículos de la Constitución citados en el mismo, solicitando de la Sala que se declare su nulidad.

SEGUNDO.- Que ya de entrada debe rechazarse como motivo de impugnación que el acto atacado infrinja el derecho a la tutela judicial efectiva pues resulta patente que dicha tutela le esta siendo prestada por el Estado mediante este procedimiento y por medio de un órgano jurisdiccional, obteniendo en este momento una Sentencia resolutoria sobre sus

pretensiones; y otro tanto cabe decir respecto de la conculcación del derecho a la no indefensión pues en su formulación esencial tal derecho se plasma en la idea de que sólo tendrán alcance anulatorio aquellos vicios de un procedimiento sancionador que hubieren dejado al interesado en tal situación que hubiere sido sancionado sin poder alegar bien sea en fase de descargo o de contestación a la propuesta de resolución, ni hubiere podido proponer la práctica de medios probatorios, todo lo cual no es aplicable al caso de autos.

TERCERO.- Que en cuanto a la infracción del principio de presunción de inocencia, debe recordarse que el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración obliga a que los hechos en que se basa para sancionar aparezcan probados en el expediente administrativo; puesto que al incoarse un expediente sancionador se parte por principio de que se presume la inocencia del expedientado y puesto que la posterior convicción de la responsabilidad se forma libremente conforme a las reglas de la sana crítica, esta crítica tiene que partir del principio de prueba material que luego al ser razonada según normas lógicas que conforman el criterio humano, conduzcan a un grado de certeza que asegure la participación del sancionado en los hechos tipificados como infracción administrativa; de esta forma el principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución y artículo 137 Ley 30/92) produce un inmediato efecto procedimental que consiste en desplazar la carga de la prueba a la Administración acusadora y luego sancionante pues es la Administración quien en un procedimiento contradictorio, con participación y audiencia del inculpado, debe suministrar, recoger y aportar los elementos probatorios, a través de los medios comunes que sirvan de soporte al supuesto de hecho cuya calificación como falta administrativa se pretende; en el caso de que tal actividad probatoria no se haya producido o sea insuficiente, es claro que el relato de los hechos efectuado por la Administración no conlleva una presunción de veracidad que obligue al inculpado a demostrar su inocencia (aparte de la imposibilidad de hacerlo respecto de hechos negativos) invirtiéndose así la carga de la prueba (cf. en este sentido la STS, 3ª, de 16 de diciembre de 1.986).

CUARTO.- Que lo expuesto implica que basta para que tal principio se respete con que la Administración haya realizado una actividad probatoria al menos mínima pero en todo caso suficiente para romper o enervar ese principio de presunción del que se parte, no pudiendo confundirse el desacuerdo con la calificación de los hechos o el desacuerdo con la valoración que de las pruebas practicadas en el expediente se haya efectuado con la conculcación de ese principio, extremos éstos que deben plantearse no en un procedimiento seguido por la vía de la Ley 62/78, sino por las reglas generales de la LJCA lo cual debe conjugarse con que en el presente caso la Administración imputa al demandante la infracción prevista en el artículo 32.4 b) de la Ley 46/87 que sanciona la inversión en activos distintos de los autorizados legalmente, lo cual no es negado por el recurrente que se limita a decir que él, pese a ser miembro del Consejo de Administración, no intervino en la decisión societaria de adquirir Bonos Convertibles ASASA para CUENTAFONDO FIAMM, frente a lo cual la resolución originariamente impugnada razona no sobre la concurrencia de un supuesto de responsabilidad objetiva, sino sobre lo que entiende ha sido una clara dejación de los deberes propios de un consejero, teniendo al actor como "persona responsable" (cf. artículo 32.5, párrafo último) todo lo cual es ajeno a la conculcación del

principio de presunción de inocencia y se adentra más bien en cómo se determine el grado de participación y el correlativo título de imputación que se haga a los miembros de los Consejos de Administración por las acciones y omisiones deducibles del ejercicio de sus cargos.

QUINTO.- Que en cuanto a la conculcación del principio non bis in idem, que es deducido por el Tribunal Constitucional del artículo 25.1 de la Constitución en sus Sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 27 de noviembre de 1985, 23 de mayo y 8 de julio de 1986 en conexión con los principios de legalidad y tipicidad, tal principio implica la interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas por unos mismos hechos con identidad de sujeto o fundamento (artículo 5.1 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por R.D. 1398/93) o administrativas y penales por unos mismos hechos; en los casos en que, legalmente, sea posible una duplicidad de procesos con diferente resultado en cuanto a la calificación y enjuiciamiento, tal dualidad no es dable en la apreciación de los hechos que será única: unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado; desde el punto de vista procedimental el principio non bis in idem impide que la Administración actúe mientras no lo hayan hecho los Tribunales o, de haberlo hecho, que paralice su actuación hasta que recaiga pronunciamiento penal firme y, en todo caso, cuando aquella actúe a posteriori debe respetar el planteamiento fáctico que los Tribunales hayan hecho pues en caso contrario se infringiría tal principio.

SEXTO.- Que en el caso concreto no se ha infringido tal principio desde el momento en que los hechos objeto de sanción por el acto originariamente impugnado son diferentes respecto de los sancionados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en su resolución de 24 de octubre de 1.993; en efecto, en la resolución aquí impugnada se sanciona la adquisición de Bonos Convertibles de ASASA para CUENTAFONDO FIAMM, lo que se entendió comprendido en el artículo 32.4 b) de la Ley 46/84, mientras que la Comisión sancionó al recurrente por apreciar que había cometido hasta cuatro infracciones de las previstas en el artículo 32.3 c) de la citada Ley por la adquisición por CUENTAFONDO FIAMM de Obligaciones Convertibles de ASASA en porcentaje superior al establecido respecto al total de valores en circulación emitidos por la citada entidad, por la adquisición por CUENTAFONDO AHORRO FIM de Obligaciones Convertibles de ASASA en porcentaje superior al establecido respecto al total de valores en circulación emitidos por la mencionada entidad, por la adquisición de CUENTAFONDO BOLSA FIM de Obligaciones Convertibles emitidas por ASASA en un porcentaje superior al establecido respecto al activo del propio FIM y por la adquisición de G.M., S. A., SGIC, (CUENTAFONDO FIAMM, CUENTAFONDO AHORRO FIM y CUENTAFONDO BOLSA FIM) de un porcentaje de Obligaciones Convertibles emitidas por ASASA superior al establecido respecto del total de títulos emitidos y en circulación de la entidad emisora, hechos todos calificados como infracciones graves a diferencia del sancionado por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda que se califica de infracción muy grave.

SEPTIMO.- Que en lo que hace a la infracción del principio de tipicidad debe tenerse en cuenta que la tipicidad, como manifestación del principio de legalidad, supone que el tipo

de ilícito debe estar previsto en una norma en principio con rango formal de ley (cf. artículo 129 Ley 30/92), con una adecuada descripción de todos los elementos integrantes del hecho ilícito de forma que sólo sean conductas sancionables aquellas que estén convenientemente descritas en ese tipo legal, prohibiéndose la analogía in malam partem (cf. artículo 129.4 Ley 30/92); a su vez es consecuencia de la tipicidad que a la conducta ilícita le corresponda sólo aquella sanción prevista en la norma (cf. artículo 129.2 Ley 30/92); siendo lo dicho compatible con cierta flexibilidad en la formulación de los tipos y en la descripción de las conductas sancionables, pues no siempre la norma puede prever al tiempo de promulgarse todas y cada una de las matizaciones y posibilidades que la vida ofrece; también es compatible con el principio de tipicidad que la descripción de los hechos no sea exhaustiva acudiéndose al auxilio del reglamento para su concreción si bien en este caso no serán válidas “las amplias y vagas remisiones abstractas mediante remisiones carentes de toda precisión” (STS de 10 de noviembre de 1986), deduciéndose de lo expuesto que no es identificable la falta de tipicidad como motivo de ilegalidad imputable a un acto sancionador con el desacuerdo en la calificación que se haga de los hechos tras su previa valoración, en su caso, de la prueba practicada.

OCTAVO.- Que la parte recurrente entiende infringido tal principio con base en un doble razonamiento, por un lado por entender que por un mismo hecho y por la protección de un mismo bien jurídico se sanciona tanto a la entidad como a un Consejero cuando la sanción tipificada en el artículo 32.5 c) de la ley 46/84 es común para la sociedad y los Consejeros, lo que implica una sanción adicional no prevista en la Ley 46/84 y, en segundo lugar y como consecuencia de lo anterior, en cuanto que la suma de las multas impuestas supera el límite del máximo previsto, alegatos éstos que han de rechazarse desde el momento en que quien recurre en este pleito es un consejero y el artículo 32.5 se refiere al “administrador” o “administradores”, a “los componentes de los órganos colegiados”, de forma que de plantearse alguna cuestión en cuanto a la exigencia de responsabilidad conjunta de las entidades con sus administradores, la cuestión litigiosa afectaría no a éstos sino a la entidad que cuenta con personalidad jurídica propia, para lo cual habría que adentrarse en el alcance de la llamada a las “personas responsables” o si la responsabilidad de las sociedades solo se limita a la subsidiaria prevista en inciso final del artículo 32.5 c) párrafo último o al alcance que haya de darse a la llamada al artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que hace el artículo 32.7 de la Ley 46/84, todo lo cual no afecta al caso del recurrente.

NOVENO.- Que tampoco se conculca el principio de tipicidad por razón de la cuantía de las multas impuestas a la sociedad y a los administradores, pues formando parte de tal principio la previsión de una sanción en la norma, el artículo 32.5 c) prevé multas o bien de hasta el 50 % de la infracción si es cifrable o bien un máximo de veinticinco millones de pesetas, siendo la elección entre una y otra forma de legalidad ordinaria, previéndose en el párrafo siguiente el prorrateo de la multa de forma que en el caso del recurrente se ha impuesto multa de dos millones de pesetas a cada uno de los administradores lo que está dentro de las previsiones legales y con independencia de que sea cuestión afectante a la sociedad si puede ser o no sancionada, tal y como se ha visto, es lo cierto que la multa impuesta a la misma no forma

parte de una única multa que, junto a la de los administradores, se prorroga entre aquella y estos.

De conformidad con el art. 10.3 de la Ley 62/78 procede hacer imposición de costas a la parte demandante por haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de D. J.M.A. contra las resoluciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos que es la misma conforme a la Constitución, con imposición de costas a la parte demandante.

Así por esta nuestra Sentencia y testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina de Origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Contra esta Sentencia no cabe recurso de casación.