

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE ABRIL DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1852/98
Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez
Acto impugnado: Sentencia de 11 de diciembre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a ocho de abril de dos mil tres.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contenciosos-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia, contra sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de diciembre de 1997, sobre sanción por infracción tipificada en el artículo 32.4 g) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva.

Se han personado en este recurso, como parte recurrida la mercantil "B., SGIIC, S.A.", la mercantil "B. P. M. E., S.A.", y de Don J. C. M., Don J. A. V., Don E. S. A, Don I. C. P., Don A. V. S., Don P. P. B., Don J. P. E., Don A. R. S., Don J. M. F. P., Don J. J. S., Don F. B. F., Don R. S. S., Don J. M. D. B., Don J. E. B., Don M. V. G., Don J. M. V. S., Don J. C. C. S., Don P. V. S., Don R. T. F., Don J. V. C., Don A. C. V. y Don J. C. P., representados por el Procurador Don J. L. P. M. S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 751 de 1995 la Sanción Sexta de la Sala de los Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 11 de diciembre de 1997, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *"FALLAMOS: -Estimar en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por Procurador Don J. L. P. M. S., en representación de "B., SGIIC, S.A.", "B. P. M. E., S.A.", y de Don J. C. M., Don J. A. V., Don E. S. A, Don I. C. P., Don A. V. S., Don P. P. B., Don J. P. E., Don A. R. S., Don J. M. F. P., Don J. J. S., Don F. B. F., Don R. S. S., Don J. M. D. B., Don J. E. B., Don M. V. G., Don J. M. V. S., Don J. C. C. S., Don P. V. S., Don R. T. F., Don J. V. C., Don A. C. V. y Don J. C. P., contra las Ordenes Ministeriales de 29 de mayo de 1.995 del Ministerio de Economía y Hacienda, revocando las contenidas en ambas resoluciones relativas al art. 32 nº 4 g) de la L.I.I.C., y confirmando las referidas al Art. 32 nº 4 m) y e), por los propios fundamentos de la presente Sentencia. Sin costas".*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación el ABOGADO DEL ESTADO, formalizándolo al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley de la Jurisdicción y alegando infracción por la sentencia impugnada de las normas del ordenamiento y de la jurisprudencia que resultaban aplicables para resolver la cuestión debatida, representadas por los artículos 32.4. g), 9 y 32.7 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, el artículo 7 de la Ley 26/88, el artículo 132 de la Ley 30/92 y la jurisprudencia establecida por las sentencias de este Tribunal de las que hace cita.

Y termina suplicando a la Sala que *"... dicte sentencia por la que, estimando el recurso, case y anule la recurrida, dictando en su lugar otra más conforme a Derecho, por la que sea declarada la conformidad a Derecho, en su integridad, de la Resolución administrativa, que –parcialmente- la misma dejo sin efecto".*

TERCERO.- La representación procesal de los recurridos se opuso al recurso de casación de contrario y suplica en su escrito a la Sala que dicte Sentencia por la que,

desestimando, íntegramente dicho recurso, confirme la Sentencia recurrida, imponiendo las costas a la Administración del Estado recurrente.

CUARTO.- Mediante Providencia de fecha 27 de enero de 2003 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 27 de marzo del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia ahora recurrida en casación, tras afirmar que la actora incurrió en la infracción tipificada en el artículo 32, número 4, letra g), de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, sobre Instituciones de Inversión Colectiva, señala: (1) como fecha de su comisión, *"la entrega de los resguardos al portador a los partícipes el día 28 de enero de 1989, que no consta que tuviera continuidad"*; y (2) como fecha de la notificación de la incoación del expediente sancionador, *"el 3 de febrero de 1994 para las entidades jurídicas"*; lo que la lleva a apreciar que entre ambas fechas transcurrieron *"cinco años completos y seis días; e incluso más tiempo con relación a las personas sancionadas, puesto que su oficial conocimiento del expediente se produjo en los días 3 y 10 de junio de 1994 al serles notificado el pliego de cargos respectivo, sin que dichas circunstancias temporales hayan sido desvirtuadas por la Administración"*; y a concluir, por ende, que procede estimar la prescripción de aquella infracción administrativa, con la anulación de la sanción relativa a dicho cargo.

SEGUNDO.- Ese pronunciamiento, que condujo a una estimación parcial del recurso contencioso-administrativo en los términos que refleja el fallo de aquella sentencia, transcrito antes, en los antecedentes de hecho de esta, se combate en este recurso de casación por la Administración del Estado a través de un único motivo, en el que, al amparo del artículo 95.1.4º de la anterior Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción de los artículos 32.4. g), 9 y 32.7 de aquella Ley, el artículo 7 de la Ley 26/1988, el artículo 132 de la Ley 30/1992, y la jurisprudencia establecida por las sentencias de este Tribunal que cita (que lo son las de fechas 14.5.1990, 16.3.1991 y 6.4.1993).

En el desarrollo argumental del motivo se dice que *"no es posible aceptar que la infracción consiste en la simple y pura "emisión" de los certificados al portador, entendiéndose por tal su entrega física a los partícipes"*, pues el precepto *"se refiere a la emisión y reembolso de participaciones"*; ello sería *"contrario a los intereses y finalidades a cuyo servicio y en cuya protección se establece la necesaria nominatividad de los documentos de que se trata"*, pues conduciría a la conclusión de que *"nada cabría hacer, superando el plazo de cinco años desde la entrega, frente a la existencia en el mercado de resguardos al portador emitidos más de cinco años antes"*, más propiamente, se añade, *"hay que entender que la infracción de que se trata no se agota en sí misma con el acto de entrega de las participaciones, sino que se trata de una infracción continuada que existe en toda su extensión mientras tales participaciones estén en circulación y hasta que se reembolsen"*; *"mientras los resguardos al*

portador estén en el mercado –estén emitidos-, la infracción existe”. Tratándose de una infracción continuada, debió aplicarse lo establecido en el artículo 7.2 de la Ley 26/1988.

Además, se argumenta que tampoco cabe aceptar que esa entrega se produjera el día 28 de enero de 1989, pues los sancionados no lo han acreditado y es más que improbable, ya que supondría admitir que todos los certificados (7.707), a todos los partícipes y en toda España, se entregaron en tal fecha. Aquella jurisprudencia, se concluye, viene a atribuir, la carga de la prueba de que ha transcurrido el plazo de prescripción al administrado.

TERCERO.- Debemos, ante todo, rechazar esta segunda parte del argumento, pues jurisprudencia reiterada (por todas, en las sentencias de 24 de febrero y 11 de marzo del año en curso, dictadas, respectivamente, en los recursos de casación números 5885/1997 y 4979/1998) la que afirma que la descripción hecha por la Sala de instancia del supuesto de hecho que enjuicia debe ser respetada por este Tribunal, incluso en la hipótesis de que no la comparta, en tanto esa descripción no se combata adecuadamente esto es, utilizando el motivo de casación pertinente e invocado como infringidas las normas o principios jurídicos que, al hacer la descripción, hayan podido ser vulnerados. Lo cual no acontece, realmente, en aquel único motivo de casación que examinamos.

A lo que hemos de añadir que el principio de distribución de la carga de la prueba que se invoca en el motivo, no ha podido ser vulnerado, pues tal principio despliega sus efectos en caso de falta de probanza o de duda o incertidumbre sobre el hecho a probar, pero no cuando tal falta, duda o incertidumbre no existe; siendo esto lo que aquí ocurre, pues la Sala de instancia no ha dudado en afirmar, al analizar los elementos de prueba puestos a su disposición, que la entrega de los resguardos al portador a los partícipes tuvo lugar el día 28 de enero de 1989; a lo que añade, no como incertidumbre, sino como afirmación de los que resulta de aquel análisis, que no consta que tal entrega tuviera continuidad.

CUARTO.- Y debemos, finalmente, desestimar el primero de los argumentos en que se sustenta el motivo, pues si el “*cargo*” imputado en el correspondiente “*pliego de cargos*” fue “... *haber procedido a la emisión de participaciones representadas por documentos al portador para los fondos...*” (folio 490 del expediente administrativo); o si, tal y como se lee en el propio escrito de interposición de este recurso de casación (párrafo tercero de su único antecedente), el hecho en que consistió la infracción “*la emisión de certificados al portador acreditativos de la participación en fondos de inversión*”, o si, tal y como se concreta en la sentencia recurrida y se transcribe en ese mismo párrafo de ese escrito, el reproche jurídico de la conducta acaecida fue que “*es correcta la conclusión de CNMV de que las participaciones deben quedar representadas en documentos nominativos donde conste quien es el partícipe*”, de suerte que “*la emisión de resguardos al portador carece de la cobertura legal y reglamentaria precisa*”; habrá que convenir, en sede de este recurso de casación y a la vista de los argumentos que en él expone la recurrente, que la conducta imputada como infractora no fue sino una de las tres que, diferenciadas y diferenciables, se tipifican en aquel artículo 32.4. g), a cuyo tenor , son infracciones muy graves “*la compraventa de las propias acciones en la Sociedades de capital variable y la emisión y reembolso de participaciones con incumplimiento de los límites y condiciones impuestas por*

esta Ley, sus disposiciones complementarias y los Estatutos y Reglamentos de Gestión de las Instituciones". Conducta que acaece y queda consumada, aunque siga desplegando afectos no queridos por el Ordenamiento, con la emisión, a partir de la cual, como *dies a quo*, ha de computarse el plazo de prescripción.

La prolongación en el tiempo de esos efectos no queridos, cuales serían existencia en el mercado de los documentos al portador "*mientras estén en circulación y hasta que se reembolsen*" (tal y como dice en el motivo), no convierte a la infracción en continuada, pues no sigue produciéndose la conducta típica e imputada de la "emisión".

A lo que cabe añadir, en fin, que el transcurso del plazo de prescripción y el efecto que ello comporta no impide, por si solo, desplegar aquellos otros medios, distintos de la sanción propiamente dicha, que puedan ser aptos para terminar con la situación irregular y restaurar, así, el ordenamiento conculcado.

QUINTO.- Las costas de es recurso de casación deben ser impuestas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.3 de la anterior Ley de la Jurisdicción.

Por lo expuesto, en nombre su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

NO HA LUGAR al recurso casación que la Administración General del Estado interpone contra la sentencia que con fecha 11 de diciembre de 1997 dictó la Sección Sexta de la Sala de Contenciosos-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 751 de 1995. Con imposición a la parte recurrente de las costas de este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribuna Supremo, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.