

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE DICIEMBRE DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 751/1995
Ponente: D. Fernando Delgado Rodríguez
Acto impugnado: Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de mayo de 1995
Fallo: Parcialmente estimatorio

En Madrid, a once de Diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que, ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 6/751/1.995 se tramita a instancia de "B., S.G.I.I.C."; "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 P.C.V. y Don J.C.P., representados por el Procurador Don J.L.P-M.S., con asistencia letrada, contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 29 de Mayo de 1.995, sobre sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 133.000.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso-administrativo por "B., S.G.I.I.C.", y otros, frente a la administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre sendas Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 29 de Mayo de 1.995, solicitando a la Sala declare la nulidad de las mismas con relevación de responsabilidad administrativa de los recurrentes.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente. Dentro del plazo legal la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- Habiéndose solicitado y practicado el recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 2 de Diciembre de 1.997.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Presidente D. FERNANDO DELGADO RODRIGUEZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son objeto del presente recurso contencioso administrativo sendas Ordenes Ministeriales de Economía y Hacienda fechadas ambas en Madrid el 29 de Mayo de 1.995, cuyos respectivos tenores literales constan en autos y aquí se tienen por reproducidos.

Los motivos de impugnación se analizan por el siguiente orden:

En primer lugar cabe considerar la presunta vulneración del art. 96 de la LMV en relación a una supuesta prejudicialidad penal, alegación contenida en el hecho 1º b) de la demanda y que según se desarrollaron los acontecimientos no han tenido suficiente relevancia a los efectos sancionadores enjuiciados en este recurso porque las actuaciones del Juzgado de Instrucción nº 3 de Barcelona se concretaron en un posible delito fiscal por cooperación necesaria, cuya autonomía jurídica respecto de los cargos imputados en los actos administrativos impugnados en este recurso resulta evidente, no siendo preciso la suspensión, que en su día fue objeto de recurso independiente, desistiendo la parte actora del mismo según sus propias manifestaciones, por lo que carece ya de objeto el planteamiento de dicha circunstancia.

Respecto de la falta de notificación a las personas físicas implicadas de la incoación del expediente originario que posteriormente fue desglosado en dos partes, siendo ahora enjuiciados conjuntamente, debemos entender que no produjo indefensión alguna pues sí se notificaron los respectivos pliegos de cargos, no afectando a los legítimos intereses jurídicos de dichas personas, quienes han podido ejercitar cuantos medios de defensa hayan creído convenientes, habiendo sido suficientemente individualizada la presunta responsabilidad subjetiva de cada uno de ellos, sin incurrir la Administración en la pretendida inculpación objetiva que se objeta en la demanda, habiéndose respetado en este caso los postulados de las Sentencias del Tribunal Constitucional núms. 2/87, de 21 de Enero y 3/88, de 21 de Enero.

También opone la parte demandante una pretendida ausencia total de prueba para sancionar, lo cual no es cierto porque existieron actuaciones inspectoras durante el mes de Diciembre de 1.993 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que determinaron por su resultado la incoación de expediente sancionador para cada caso, acordado en la reunión de 26 de Enero de 1.994, sin que fuera necesario levantar Acta alguna, según correctamente argumenta el Abogado del Estado al contestar la demanda con cita expresa del art. 17 nº 5 del Reglamento sobre potestad sancionadora de la Administración, aprobado por R.D. nº 1398/93, de 4 de Agosto, no concurriendo infracción del art. 24 nº 4 de la Constitución porque tanto la presunción de inocencia como el derecho de defensa quedaron salvaguardados, considerando el conjunto de actuaciones contenidas en los expedientes administrativos, no existiendo indefensión, y siendo esta vía jurisdiccional garantizadora, en todo caso, para la presunta subsanación de las limitaciones que pudiera entender la parte

actora hubiesen sobrevenido en la vía administrativa previa, según criterio doctrinal consolidado en sentencias del Tribunal Supremo, como ocurre en las de 13-3-96 (R. 2.770) de la Sala Tercera, Sección Séptima, 23-1-97 (R. 348) de la Sección Primera, y 3-3-97 (R. 1.620) de la Sección Cuarta, en materia de derecho administrativo sancionador.

SEGUNDO.- En cuanto a la cuestión medular que originó la intervención de la C.N.M.V, se centra en la sustitución, a partir de 25 de Enero de 1.989 y hasta su entrega el 28 de Enero de 1.989 a los titulares de las cuentas de participaciones, de los estados de posición periódicos por un sistema de resguardos al portador firmados por la Sociedad Gestora y el Depositario. Sustitución que no tiene base legal porque el art. 12 núms. 1 y 2 del R.D. 1365/85 de 7 de Julio, que desarrolla los artículos 9 núms. 2 y 3, y 20 de la Ley 46/84, de 26 de Diciembre, sobre Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) y los artículos 6º de los Reglamentos Internos de Gestión de los Fondos de Inversión: "MULTIDINERO" y "MULTIVALOR", exigen la nominalidad de los certificados representativos de las participaciones.

La ulterior modificación del precitado art. 20 de la LIIC mediante la disposición adicional sexta núms. 11 y 24 de la Ley del Mercado de Valores, incide sobre el requisito de la nominalidad de las participaciones, que tendrán la consideración de valores negociables, reiterando el Reglamento de LIC aprobado por R.D. 1393/1.990, de 2 de Noviembre, la necesidad de la forma de representación definitiva que puede ser por certificados nominativos o por anotaciones en cuenta, respecto de las participaciones en los fondos según su art. 11 nº 2, incluyendo la modalidad del resguardo, con carácter documental de gestión para informar a los partícipes de su estado de posición después de cada una de sus operaciones.

Por lo tanto, es correcta la conclusión de la CNMV de que las participaciones deben quedar representadas en documentos nominativos donde conste quien es el partícipe, mediante certificados definitivos, anotaciones en cuenta o por resguardos provisionales.

En su consecuencia, la emisión de resguardos al portador carece de la cobertura legal y reglamentaria precisa así como la sustitución de los estados de posición periódicos por los resguardos al portador, concurriendo el incumplimiento de los límites y condiciones impuestas por la Ley y los reglamentos, incurriéndose por la actora en la infracción del art. 32, nº 4 letra g) de la LIIC, aunque bien pueda discutirse sobre su mayor o menor gravedad, hemos de examinar antes la circunstancia de que habiéndose alegado la prescripción prevista en el art. 7 de la Ley 26/88 por remisión de los arts. 32 nº 7 de la LIIC y 132 de la Ley 30/92, debemos atenernos en primer término a la fecha de comisión de la infracción, es decir en este caso, a la de entrega de los resguardos al portador a los partícipes el día 28 de Enero de 1.989, que no consta tuviera continuidad, y en segundo término al momento de la notificación el 3 de Febrero de 1.994 para las entidades jurídicas, de la incoación del expediente sancionador transcurriendo entre ambas fechas los cinco años completos, y seis días; e incluso más tiempo con relación a las personas físicas sancionadas, puesto que su oficial conocimiento del expediente se produjo en los días 9 y 10 de Junio de 1.994 al serles

notificado el pliego de cargos respectivo, sin que dichas circunstancias temporales hayan sido desvirtuadas por la Administración. En consecuencia procede estimar la prescripción de la infracción administrativa del art. 32 nº 4, letra g) de la LIIC, con la anulación sancionadora relativa a dicho cargo, en ambas Ordenes Ministeriales recurridas, no siendo necesario considerar las restantes argumentaciones en torno a dicho tipo legal.

TERCERO.- El siguiente cargo del expediente sancionador que debemos analizar es el referido al art. 32 nº 4, letra m) de la LIIC por presunta comercialización de participaciones de "ME US DOLLAR FUND" sin haber cumplido los trámites ante la C.N.N.V. la entidad recurrente "B.P.M.E., S.A.", la cual alega que el oficio de 23 de Abril de 1.993 en que la CNMV la autorizó para comercializar las acciones de "MULTIEUROPE, SICAV" servía de cobertura para la futura comercialización de cualquier tipo de acción que dicha Sociedad pudiera emitir.

Dicho pretexto no considera 1a Sala que sea aceptable porque dicha autorización era específica para determinados fondos, entre los que no se hallaba el anteriormente citado, así al 31 de Diciembre de 1.993, la entidad sancionada había captado un total de 127 millones de pesetas, representados en 8.933 participaciones suscritas por 49 partícipes, con destino a tal fondo, sin contar con la preceptiva autorización administrativa.

No obstante, el 17 de Marzo de 1.994 se subsanó dicha omisión mediante la solicitud necesaria, obteniendo "B.P.M.E., S.A." la preceptiva autorización el 13 de Abril de 1.994 de la C.N.M.V. quedando inscrito el fondo en cuestión en los registros correspondientes, con arreglo a los arts. 9 y 34 del RIIC. En cuanto a la gravedad de dicha infracción en la O.M. recurrida se puntualiza que: "dado que el importe comercializado no es significativo y que la entidad procedió a subsanar la infracción y según el art. 14, letras a) y f) de la LDIEC corresponde aplicar la sanción en su grado mínimo". Y atendiendo a lo dispuesto en el art. 32, nº 5 letra c) de la LIIC corresponde una multa de dos millones y medio.

El art. 32 nº 4, letra m) de la LIIC según la redacción de la Ley 7-7-92 nº 9/92, art. 1 nº 8, y la Ley 46/84, dispone: "El incumplimiento de las demás obligaciones y prohibiciones establecidas en esta Ley, en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en disposiciones reglamentarias y en los Estatutos y Reglamentos de Gestión de las Instituciones cuando por su naturaleza no deba calificarse como infracción leve o grave".

En este caso con independencia de la graduación sancionadora y de que se pueda considerar grave o muy grave la infracción administrativa impuesta, la Sala entiende que la imposición de multa por cuantía incluíble dentro del módulo mínimo, o tercio inferior a diez millones, establecido en el art. 32 nº 5 b) de la LIIC y cifrada por la Administración en dos millones y medio de pesetas, se ajusta a Derecho, al existir el incumplimiento del plazo previsto en la Norma 1 de la Circular nº 2/1.993, en relación a los arts. 9 y 34 del RIIC, bastando con que se reúna el requisito desvirtuador del objeto de las instituciones por eludirse en este supuesto el control administrativo registral preceptuado en tales normas, según se hace constar en el preámbulo del art. 32 nº 4 de la LIIC, no siendo preciso el

gravísimo peligro o la lesión muy grave, al estar redactado dicho precepto en términos obstativos. Procediendo en consecuencia confirmar la sanción relativa al expresado tipo legal.

CUARTO.- Por último, nos corresponde examinar la supuesta infracción del art. 32 nº 4, letra d) de la LIIC sobre el presunto incumplimiento del coeficiente de inversión mínima de los artículos 10 y 18, en relación al art. 33 cuando no debe calificarse como infracción grave, atendiendo a lo dispuesto en el art. 32 nº 3 h) de la misma Ley. Todo ello respecto al fondo "SWISS BPME FIM", entendiendo la Administración concurrentes dos infracciones muy graves por incumplimiento respectivo de los coeficientes de inversión obligatoria y liquidez durante el período comprendido entre los meses de Enero a Noviembre de 1.993, ambos inclusive, y aunque la parte recurrente reconociera en vía administrativa que dicho incumplimiento se produjo solo en los meses de Enero y Febrero de dicho año, basta con que fuera en éste período para considerar infringido aquel precepto legal, interpretable en conexión con los arts. 18 de la LIIC, y 37 del RIIC, así como el artículo 17 del RIIC establece que los Fondos de Inversión tendrán al menos el 80 por ciento de su activo invertido en:

- "a) Valores admitidos a negociación en una Bolsa de Valores española.
- b) Valores representativos de la Deuda del Estado, así como otros valores negociados en el Mercado de la Deuda Pública en Anotaciones.
- c) Otros valores, tales como los propios del Mercado Hipotecario, los Pagarés de Empresa, siempre que sean negociados en un mercado español organizado de funcionamiento regular, reconocido y abierto al público.
- d) Valores respecto a los cuales esté solicitada la admisión a negociación en alguno de los mercados a los que se refieren las letras anteriores..."

y por tanto, en ninguna de las categorías de valores previstas por el citado artículo 17 se pueden incluir las Imposiciones a Plazo Fijo. Con la exigencia de negociación en estos mercados de los valores en los que debe estar materializado el 80 por 100 del patrimonio del Fondo se pretende dotar al mismo de la liquidez necesaria para atender el posible reembolso de las participaciones cuando así lo solicite el partícipe. Dicha garantía quedaría totalmente desvirtuada mediante la inversión en activos tales como las Imposiciones a Plazo Fijo, caracterizadas, por una fecha de vencimiento prefijado hasta la cuál no podría disponerse del patrimonio en ellas invertidos; se trataría en definitiva, de activos financieros "a la medida" que se adaptarán a las necesidades de inversión del impositor, lo que limitaría sus posibilidades de negociación, y por lo tanto, la desinversión en caso de necesidad en la gestión del Fondo. La Ley tutela el interés del partícipe, estableciendo las características de los activos en los que debe estar invertido una parte, a su vez, prefijada del activo de la Institución. Así la letra h) del artículo 32.3 de la LIIC establece, como infracción grave "...el incumplimiento del coeficiente de inversión mínimo de los artículos 10 y 18, cuando la falta de inversión tenga carácter transitorio y no supere el veinte por ciento del mismo". En consecuencia, el incumplimiento de la obligación de inversión de al menos el ochenta por ciento del patrimonio de los Fondos en los activos previstos en el artículo 18 de la LIIC ha de

ser calificado de infracción muy grave, al haber excedido del veinte por ciento del coeficiente el defecto de inversión; con respecto al cargo consistente en el incumplimiento del coeficiente de liquidez durante el mes de marzo en "SWISS BPME FIM", la entidad expedientada ha reconocido expresamente en la contestación al Pliego de Cargos el incumplimiento correspondiente al mes indicado. El párrafo segundo del artículo 18 de la LIIC establece que: "El resto de sus recursos estará invertido en activos financieros y efectivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo diez de esta Ley". Efectivamente, el párrafo 2 del artículo 10 de la LIIC dispone: "El Reglamento de esta Ley establecerá en relación con (...) los Fondos de Inversión Mobiliaria (...) los coeficientes de liquidez que deban mantener, así como su cobertura (...)" Y en su desarrollo, el párrafo 4 del artículo 17 del RIIC expresa: "Los coeficientes mínimos de liquidez de (...) los Fondos de Inversión serán los siguientes, referidos al activo de la Institución: b) En los Fondos de Inversión, el 3 por 100. Los coeficientes de liquidez indicados se entenderán referidos al promedio mensual de saldos diarios del activo de la Institución, y deberán materializarse en efectivo, o en depósitos o cuentas a la vista en el Depositario (...)".

Así pues debe concluirse que la infracción del coeficiente establecido en el artículo 10 de la LIIC es muy grave según el párrafo 4 del artículo 32, al haber excedido el defecto de inversión del veinte por ciento del coeficiente de liquidez en el mes de marzo. El incumplimiento de los coeficientes obligatorios de inversión y de liquidez puede constituir infracción muy grave o grave, considerando los dos criterios delimitados en los artículos 65, 66 y 67 del RIIC, cuales son la magnitud del incumplimiento y el periodo de duración del mismo. Desde la primera perspectiva, ambos incumplimientos, por su magnitud, han excedido del veinte por ciento de los respectivos coeficientes; sin embargo, desde la perspectiva de su duración temporal, el incumplimiento del coeficiente de liquidez debe considerarse como transitorio al haberse producido una sola vez en el periodo de un año. Distinguiendo la naturaleza del activo que ha provocado el incumplimiento del coeficiente de inversión, -las Imposiciones a Plazo Fijo-, debemos precisar que la necesidad de negociación de los activos en mercados organizados impuesta por la regulación legal de los Fondos pretende evitar, entre otras razones, su inversión en activos no adecuados a la finalidad de las Instituciones de Inversión Colectiva, imponiendo restricciones derivadas de la necesidad de liquidez, que se presume para los activos negociados en mercados organizados, y que debe negarse para las Imposiciones a Plazo Fijo semanales o quincenales constituidas, si bien la magnitud del incumplimiento debe matizarse de acuerdo con el plazo negociado para dichas Imposiciones.

En definitiva, teniendo en cuenta las circunstancias previstas en las letras a/ y b/ del artículo 14 de la LDIEC; la inversión de una parte significativa del patrimonio del Fondo en Imposiciones a Plazo Fijo, en las circunstancias en las que se produjeron, no provocaron graves dificultades de reembolso, correspondiendo aplicar la sanción en su grado menor.

De las diversas sanciones previstas en la letra c/ del nº 5 del artículo 32 de la LIIC, no existiendo beneficio cifrable es correcta la multa de dos millones quinientas mil pesetas

(2.500.000 Pts) por la infracción del coeficiente de inversión y quinientas mil pesetas (500.000 Pts) por la infracción del coeficiente de liquidez, cometidas por la Entidad Gestora recurrente. Criterio de la C.N.M.V. refrendado por el Ministro en las Ordenes Ministeriales impugnadas, y que esta Sala entiende que está ajustado a Derecho, habiéndose ponderado el principio de proporcionalidad adecuadamente en tales supuestos.

FALLAMOS

Estimar en parte el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador Don J.L.P.-M.S., en representación de "B., S.G.I.I.C."; "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 sanciones contenidas en ambas resoluciones relativas al art. 32 nº 4 g) de la LIIIC, y confirmando las referidas al art. 32 nº 4 m) y e), por los propios fundamentos de la presente Sentencia. Sin costas.

Así por nuestra sentencia, 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 cabe recurso de casación, previa su preparación ante esta Sala.