

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE FEBRERO DE 2004

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1247/1999
Ponente: D. Eduardo Espín Templado
Acto recurrido: Sentencia de 1 de octubre de 1998 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a once de febrero de dos mil cuatro.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 1.247/1.999, interpuesto por "A., SGIIIC, S.A.", representada por el Procurador Don. P.R.R., contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 1 de octubre de 1998 en el recurso contencioso-administrativo número 521/1996, sobre imposición de sanción de multa por la comisión de infracción grave del artículo 32.4. g) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva en expediente sancionador de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contenciosos-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia de fecha 1 de octubre de 1998, desestimatoria del recurso promovido por "A., SGIIIC, S.A." contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996, resolutoria del expediente sancionador seguido contra dicha sociedad y los miembros de su Consejo de Administración, por la que se le imponía una sanción de multa de diez millones de pesetas por la comisión de la infracción muy grave comprendida en la letra g) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, consistente en la infracción del procedimiento de emisión y reembolso de la participaciones de "A., Fim" previsto en la Ley y en su Reglamento de Gestión.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado por providencia de la Sala de instancia de fecha 28 de diciembre de 1998, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de "A., SGIIIC, S.A." compareció en forma en fecha 10 de febrero de 1999, mediante escrito interponiendo recurso de casación, al amparo del apartado 1.4º del artículo 95 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, que articula en los siguientes motivos:

-1º, por infracción de los artículos 25.1 de la Constitución y 127.1, 129.1, 129.3 y 129.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva;

-2º, por infracción del artículo 133 de la antes mencionada Ley 30/1992, en relación con el artículo 32.5 de la también citada Ley 46/1984, y

-3º, por infracción de los artículos 43.1, 43.2 y 80 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y 120.3 de la Constitución, así como del artículos 131 de la Ley jurisdiccional, 32.5 de la Ley 46/1984 y 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Terminaba suplicando que se dicte sentencia por la que se case la recurrida y se declare contraria a derecho y se anule, revoque y deje sin efecto la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996 sobre expediente sancionador y, subsidiariamente, se deje sin efecto la sanción impuesta y se imponga a "A., SGIIIC, S.A." la sanción de multa en su grado mínimo por la comisión de una falta grave prevista en la letra j) del artículo 32.3 de la Ley 46/1984, o, en todo caso, de considerarse a la recurrente autora de la infracción muy grave comprendida en la letra g) del artículo 32.4 de la Ley antes mencionada, se le imponga la sanción de multa en su grado mínimo.

El recurso de casación fue admitido por providencia de fecha 1 de marzo de 2000.

CUARTO.- Personado el Abogado del Estado, ha formulado escrito de oposición al recurso de casación, suplicando que se dicte sentencia por la que se confirme la que se impugna, con imposición de las costas a la parte recurrente.

QUINTO.- Por providencia de fecha 25 de noviembre de 2003 se ha señalado para la deliberación y fallo del presente recurso del día 28 de enero de 2004, en que han tenido lugar dichos actos.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. EDUARDO ESPÍN TEMPLADO Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sociedad mercantil "A., SGIIIC, S.A." recurre en casación contra la Sentencia de 1 de octubre de 1998 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional que desestimó el recurso que había interpuesto contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996. Mediante esta resolución se le sancionaba con una multa de diez millones de pesetas por la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra g) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, consiste en la infracción del procedimiento de emisión y reembolso de las participaciones del fondo de inversión "A., FIM" previsto en la citada Ley y en el Reglamento de Gestión del Fondo.

Rechaza la Sentencia recurrida que la sanción impugnada haya supuesto la infracción de los principios de tipicidad y legalidad, puesto que entiende la Sala *"que la correcta interpretación del precepto aplicado de la Ley 46/1984 es que cualquier emisión, transmisión y reembolso de participaciones sin la adecuada identificación de sus titulares en cada*

operación, es decir de quien transfiere y de quién recibe, determina la aplicación automática de dicho tipo legal: art. 32.4 g) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, sin precisar de evaluaciones genéricas por números de afectados o porcentajes de incumplimientos, tratándose de incumplimientos, tratándose de un tipo cerrado que no admite derivaciones suplementarias " (fundamento de derecho quinto). Se desestima también la supuesta infracción del principio *non bis in idem* que se habría producido al haber sido sancionador por los mismos hechos la entidad depositaria del Fondo y su director general, al existir coautoría entre las personas físicas y jurídicas por tratarse todas ellas de cooperadores necesarios, sin que haya producido identidad subjetiva y objetiva que eximiese a la recurrente de responsabilidad en la infracción (fundamento de derecho sexto). Finalmente, en lo que a este recurso de casación importa, la Sala de instancia considera que la Administración "ha ponderado correctamente la graduación de la sanción impuesta al concreto caso de la actora", reproduciendo el fundamento jurídico cuarto de la Orden Ministerial recurrida y rechazando, en consecuencia, que se haya vulnerado el principio de proporcionalidad (fundamento de derecho octavo).

SEGUNDO.- El recurso de casación se formula en tres motivo, todos ellos al amparo del apartado 1.4 del artículo 95 de la Ley de la Jurisdicción de 1956, que es de aplicación. Con cita en cada motivo de los preceptos constitucionales y legales que considera vulnerados, se alega en el primero de ellos la infracción de los principios de legalidad y tipicidad, en el segundo la del principio de *non bis in idem* y, en el último de ellos, la omisión del deber de motivación de las sentencias en cuanto a la determinación cuantitativa de la sanción, así como la infracción del principio de proporcionalidad.

En el primer motivo se aduce la supuesta infracción del artículo 25.1 de la Constitución y de los artículos 127.1 y 129 apartados 1, 3 y 4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 32.4 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, en cuanto proclaman el doble principio de legalidad y tipicidad. Entiende la entidad actora que se han conculcado dichos principios tanto en su vertiente material como en su aspecto formal. En cuanto al contenido material de los principios citados que requieren, según consolidada jurisprudencia constitucional, la existencia de una *lex certa* que predetermine las conductas ilícitas y las correspondientes sanciones, la vulneración se debería a que la Sala subsume la simple transmisión de participaciones del fondo de la letra g) de artículo 32.4 de la mencionada Ley, sin que dicha conducta esté tipificada en el mismo. Afirma la entidad recurrente que la Sala, pese sostener que dicho precepto configura "un tipo cerrado que no admite derivaciones suplementarias", amplía con su interpretación el ámbito de dicho tipo y lo aplica a un supuesto que no ésta descrito en él.

Respecto a la vertiente formal de los principios de legalidad y tipicidad, sostiene la actora que el citado artículo de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva sanciona incumplimientos de la propia Ley y no de otras normas, ni mucho menos de rango inferior como una orden.

Finaliza la actora su argumentación de este motivo alegando que incluso de considerar que los comportamientos enjuiciados son subsumibles en el mencionado precepto, los mismos no han causado en ningún momento gravísimo peligro o han lesionado

gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros, aspecto no acreditado ni en el expediente administrativo ni en las actuaciones y que constituye un presupuesto básico del tipo descrito en el artículo.

El motivo ha de ser rechazado. Basta una somera lectura tanto de la Sentencia impugnada y, en particular, de su fundamento jurídico quinto, para comprobar de manera palmaria que lo que se sanciona administrativamente y la Sala de instancia ha considerado conforme a derecho no es la mera transmisión de títulos del Fondo, sino la transmisión de los mismos como títulos al portador, esto es, sin identificar los sujetos que participan en la operación. Y es dicha transmisión sin identificación de los titulares la acción que la Sala considera incurso en el tipo descrito por el artículo 32.4.g) de la Ley 46/1984, al igual que previamente lo había hecho con toda claridad la propia Resolución sancionatoria.

Ya lo anterior bastaría para desestimar este aspecto del motivo formulado por la actora. Pero conviene añadir que dicho precepto considera infracción muy grave.

“la compra venta de las propias acciones en las 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”.

Pues bien, la necesaria identificación de los títulos de los Fondos de Inversión Mobiliaria (FIM) se deriva directamente de los artículos 9 y 20 de la propia Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, estando fuera de toda duda, por consiguiente, que la transmisión de participaciones del Fondo sin cumplir la necesaria obligación de identificación en todo momento del titular de las mismas es un comportamiento claramente comprendido en el tipo del precepto legal cuya infracción ha determinado la sanción impuesta.

Y tampoco se incurre en la alegada vulneración del principio de legalidad por defecto de rango de la norma tipificadora, puesto que la remisión a normas de otro rango que complementan la tipificación de la infracción no es contraria al principio de legalidad, siempre que los rasgos esenciales de la conducta prohibida se encuentren en norma de rango legal (artículo 129.3 de la Ley 30/1992 que alega la actora como infringido; entre la abundante jurisprudencia constitucional, puede citarse la STC 25/2002, de 11 de febrero). Y, en este caso, además, ya se ha visto que la predeterminación del hecho sancionado está efectivamente contenida en la propia Ley, que prevé la necesaria identificación de las participaciones de los fondos de inversión que ha sido incumplida por la entidad sancionada.

Por último, la Sentencia recurrida indica que, a su juicio, la correcta interpretación del precepto no precisa acreditar la gravedad de las consecuencias mediante evaluaciones de número de afectados o porcentajes de incumplimientos. Y, en efecto, la propia Ley señala con toda claridad en el inciso inicial de artículo 32.4 que tienen *ex lege* la consideración de muy graves las acciones expresamente enunciadas en las letras que siguen, entre las que se encuentran la g) aplicada al presente supuesto. Será, en todo caso, respecto a las acciones u omisiones no mencionadas expresamente, en el listado que sigue, respecto a las que pueda resultar necesario acreditar el gravísimo peligro o la

lesión muy grave de los intereses de accionistas, partícipes o terceros, pero no respecto a las que la propia Ley atribuye expresamente esa consideración.

TERCERO.- Se alega en el segundo motivo de casación la infracción del artículo 133 de la Ley 30/1992, que proclama el principio *non bis in idem*, en relación con el artículo 32.5 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva. Tampoco ha incurrido la Sentencia impugnada en vulneración del principio *non bis in idem* al no anular la sanción recurrida y ha de rechazarse el motivo.

La alegación se proyecta tanto en relación con la sanción impuesta a la entidad depositaria del fondo “C. C. A., Sociedad Cooperativa de Crédito”, como por el hecho de que se sancione también a personas físicas que ostentaban cargos directivos. En cualquier caso, es evidente que en ningún caso habrá vulneración del principio alegado, que implica que se sancione dos veces por los mismos hechos a una misma persona (física o jurídica) –esto es, que concurra la denominada identidad subjetiva requerida por el alegado artículo 133 de la ley 30/1992, por el hecho de que se haya sancionado asimismo por los mismos hechos a otra persona física o entidad jurídica. Las sanciones impuestas, tanto a los restantes sujetos como a la entidad actora, serán o no conformes a derecho pero en ningún caso la recurrente puede aducir lesión del principio *non bis in idem* por la sanción impuesta a otros sujetos. Siendo esto lo que aduce la recurrente, es claro que procede la desestimación del motivo.

Tampoco es aceptable la argumentación de la actora en el sentido de que el pertenecer la propia entidad gestora a la depositaria (“C. C. A., Sociedad Cooperativa de Crédito”), la sanción de la que trae causa el presente recurso de casación supone en realidad una doble sanción a la entidad depositaria mencionada. Basta decir a este respecto que dicha alegación correspondería, en todo caso, a la propia depositaria –que supuestamente sería la doblemente sancionada-. Pero además y en cualquier caso, tratándose de personas jurídicas distintas –que, como señala la Sentencia impugnada, han sido consideradas coautoras de la infracción-, es irrelevante la relación de participación en el capital social que pueda existir entre ellas y en ningún caso resulta invocable el principio alegado, pues falta, como ya se ha dicho, la necesaria identidad subjetiva.

La alegación final del motivo respecto a que supuestamente la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva sanciona a las personas físicas sin que se produzca acumulación de las sanciones a las personas directamente responsables y las que se impongan a la entidad en la que aquéllas ocupan tales cargos, a diferencia de los que prevé la Ley del Mercado de Valores, es una argumentación ajena a la infracción del principio de *non bis in idem* formulada en el motivo. Puede decirse, con todo, que el artículo 32.7 de la mencionada Ley 46/1984 dispone que en materia de procedimiento sancionador resultará de aplicación lo dispuesto en los artículos 19 a 25 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, cuyo artículo 21 contempla expresamente dicha concurrencia de sanciones.

CUARTO.- Finalmente, tampoco puede acogerse el motivo tercero del recurso. En su primera parte es preciso declararlo inadmisibile, por cuanto se alega un quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por falta de motivación de la sentencia impugnada,

con infracción de los artículos 43, apartados 1 y 2, y 80 de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 120.3 de la Constitución, al amparo del apartado 1.4 del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, cuando tal infracción sólo puede formularse bajo el apartado 1.3 del citado precepto.

En realidad, la misma cuestión de fondo –la discrepancia de la actora con la gradación de la sanción- aparece en la segunda parte del motivo, en la que se alega directamente la infracción por parte de la Sentencia recurrida del principio de proporcionalidad -con vulneración de los artículos 131 de la Ley 30/1992, 32.5 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva y el 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito- Semejante alegación resulta contradictoria con la anterior, puesto que bien falta la motivación sobre proporcionalidad, o bien hay motivación que infringe el principio de proporcionalidad, pero difícilmente ambas cosas a la vez.

En cualquier caso, basta la lectura del fundamento de derecho octavo de la Sentencia impugnada para comprobar lo irrazonable de ambos alegatos por cuanto en el mismo se reproduce, haciéndola suya expresamente, la gradación de la sanción efectuada por la Resolución administrativa en función de las circunstancias concurrentes. Hay pues, sin duda, motivación, y la misma resulta razonable y detallada, partiendo de la gravedad de la infracción y mencionando las circunstancias que estima atenuantes, lo que le lleva a la conclusión de que la Resolución impugnada, al optar por una multa económica en su grado medio, no conculcó el principio de proporcionalidad. Apreciación que esta Sala comparte, desestimando a su vez el motivo tercero que imputa a la Sala de instancia la infracción del citado principio.

QUINTO.- La desestimación de los tres motivos conlleva la del recurso de casación. Procede, en virtud de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 que es aplicable al presente recurso, imponer las costas a la parte actora.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

Que NO HA LUGAR Y DESESTIMAMOS el recurso de casación interpuesto por "A., SGIC, S.A." contra la sentencia de 1 de octubre de 1998 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) en el recurso contencioso-administrativo 521/1996. Con imposición de las costas del recurso de casación a la parte recurrente.

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