

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 223/05
Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 2005 que confirma en reposición Resolución del mismo Ministerio de 30 de septiembre de 2004
Fallo: Estimatorio

Madrid, a veintidós de diciembre de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "G.F., SGIIIC, S.A.", y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. I.A.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2005, siendo la cuantía del presente recurso de 75.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por "G.F., SGIIIC, S.A.," y en sus nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. I.A.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2005, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

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 de 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.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día doce de diciembre de dos mil seis.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en éstos autos la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 17 de febrero de 2005, por la que se confirma imponer a la hoy recurrente la sanción de multa de 75.000 euros, por aplicación del artículo 32.4 b) de la Ley 46/1984.

Los hechos que dieron origen a la sanción que enjuiciamos son los que siguen: En el Apartado IV del folleto informativo que fija la política de inversión del fondo gestionado por la actora, se determina que su cartera se compondrá de títulos cotizados en

mercados organizados y de acuerdo con los criterios aprobados por la CNMV. La recurrente solicitó y obtuvo autorización de la CNMV para contratar con Lizard la gestión y administración de los activos extranjeros.

Tras diversos requerimientos de información por la CNMV, debidamente cumplimentados, y tendentes a aclarar la cotización de determinados valores en mercados extranjeros, el 16 de diciembre de 2002 se remitió a la CNMV la siguiente información: respecto de los valores Tele 1 Europe BV, BO Energis y United Pan Europe, el emisor tenía intención de solicitar la admisión a negociación en la Bolsa de Luxemburgo.

Estos títulos se negociaban en el mercado de Eurobonos.

Toda vez que los mercados habían de reunir los requisitos previstos en el artículo 17.1 a) del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, se solicitó de la Dirección de Supervisión de la Dirección General de Entidades del Mercado de Valores de la CNMV, un informe, emitido el 10 de febrero de 2004, sobre el mercado de eurobonos.

Según dicho informe la descripción del mercado es en esencia: 1) cuenta con una institución que emite normas y recomendaciones, ISMA, domiciliada en Suiza; 2) se reconoce en Octubre de 1998 por la autoridad de supervisión Suiza, SFBC, como institución similar a un mercado, siéndole de aplicación la Federal Act on Stock Exchange; 3) cuenta con una plataforma de contratación electrónica, Coredeal Ltd, que pertenece a ISMA y 13 multinacionales financieras. Ha sido reconocida por el regulador de Reino Unido, Financial Services Act de 1986; 4) en USA existen dos plataformas de negociación, Trade y Portal, bajo la supervisión de la Securities and Exchange Comisión.

Tras el análisis realizado se llega a la conclusión que no se cumplen las reglas de transparencia exigidas por la legislación española en el mercado de eurobonos.

SEGUNDO.- En primer lugar hemos de señalar que el artículo 17 del RIIC exige respecto del mercado extranjero que sea un mercado de funcionamiento regular, que se encuentre supervisado por la autoridad del Estado y que las reglas de funcionamiento sean similares a las exigidas por la normativa española. La Administración afirma que el primero y segundo de los requisitos se cumplen, no así el tercero en relación a las reglas sobre transparencia, ya que no se difunde información sobre precios y volúmenes, aunque no se niegan que se cumpla en relación con los restantes aspectos.

El artículo 32.4 b) de la Ley 46/1984 de IIC tipifica como infracción muy grave las acciones u omisiones, cualquiera que sea su naturaleza, que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesionen muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración, según el apartado b), la inversión en cualesquiera activos distintos de los autorizados legalmente.

La actora centra su defensa en la falta de culpabilidad ya que los valores fueron gestionados por Lizard y en la adecuación del mercado en el que se realizó la inversión.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión que se nos somete hemos de señalar que no hay controversia sobre la aplicación retroactiva de la Ley 35/2003 en cuanto a la tipificación de la conducta puesto que dados los términos del artículo 80 b) no es norma más beneficiosa.

Analizaremos en primer término el contenido del artículo aplicado.

No es cierta la afirmación contenida en la Resolución de la CNMV confirmada por la recurrida, en cuanto que es posible en Derecho Administrativo Sancionador castigar conductas con independencia del peligro o lesión del bien jurídico protegido, a diferencia del Derecho Penal en el que se exige el daño a dicho bien. En primer lugar porque el Derecho Penal tipifica conductas de peligro abstracto o concreto, por lo que ninguna diferencia en esta cuestión se plantea entra ambas ramas del Derecho Sancionador. En cuanto a la exigencia de puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido en Derecho Administrativo Sancionador, vendrá determinada por la construcción del tipo infractor.

El artículo 32.4 exige la puesta en gravísimo peligro o lesión muy grave de los intereses de los accionistas, partícipes o terceros que constituyen el bien jurídico protegido. Ello es así por la propia dicción del precepto. A continuación se citan las conductas que pueden causar el señalado peligro o lesión, entre las que se encuentran la inversión en mercados no autorizados legalmente. Es claro que las conductas enunciadas se entienden por el legislador que son susceptibles de causar peligro o lesión, pero la materialidad de tal conducta ha de analizarse desde la gravedad del peligro o lesión, en el sentido en que han de reunir aptitud objetiva para causarlos, ya sea al menos en una valoración abstracta de la potencialidad dañina de la conducta.

En el presente caso, como hemos señalado anteriormente, el mercado en el que se negocian los valores extranjeros que dieron origen a la sanción, reúne claramente dos de los tres requisitos exigidos por las normas jurídicas españolas, ser un mercado de funcionamiento regular y ser supervisado por la autoridad del Estado. Esta supervisión es relevante en cuanto tiende a proteger los intereses de los accionistas, partícipes y terceros mediante la observación del correcto funcionamiento del mercado. Por ello este requisito es muy destacable a los efectos de la tipificación de la conducta. El requisito que se incumple es el relativo a las reglas de funcionamiento del mercado que han de ser similares a las españolas, en lo que se refiere a la transparencia, no en relación a los restantes aspectos regulados del mercado.

Debemos pues resaltar, de una parte, que la entidad estatal de supervisión supone una clara garantía en la protección de los intereses de los inversores, y de otra, que el precepto exige la similitud entre las normas de aplicación en el mercado extranjero y las españolas, no la identidad de las mismas.

TERCERO.- Veamos ahora la cuestión de la culpabilidad de la actora.

Hemos reiterado, siguiendo una consolidada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que el elemento subjetivo de culpabilidad, en sus grados de dolo o intencionalidad y culpa o negligencia han de concurrir para poder exigir

responsabilidad infractora en Derecho Administrativo Sancionador, pues no es aceptable una responsabilidad objetiva basada en el resultado y desconectada del elemento de culpabilidad.

En este caso, la recurrente se ampara, de una parte, en que fue una entidad ajena a ella la que gestionó, con autorización de la CNMV, los valores discutidos; y, de otra parte, que realizó una interpretación razonable de la norma cuando entendió que el mercado de eurobonos se ajustaba a las exigencias de la legislación española.

En relación al primer aspecto, aunque no carente totalmente de fundamento, encuentra el escollo de la exigencia de una responsabilidad in vigilando aunque la misma no se recogiera expresamente en las normas de aplicación hasta la Ley 35/2003, ya que esta es una forma de culpabilidad propia del Derecho Penal y Administrativo Sancionador, aunque no se configure expresamente en la Ley.

Pero más interesante que la anterior alegación lo es, para la resolución del presente recurso, la relativa a la interpretación razonable de la norma. Hemos dicho que se cumplían dos de los tres requisitos exigidos, y respecto al incumplido solo en cuanto a la transparencia. Se decía también que el requisito se exige en cuanto a la similitud de las normas de aplicación, no identidad de las mismas. Así las cosas, es una interpretación razonable, que no significa por ello aceptable, que la actora entendiese que el mercado en cuestión cumplía con los requerimientos de la legislación española, más si tenemos en cuenta que la finalidad de los requisitos viene articulada desde el principio de protección de los intereses de los inversores, y en el presente caso el mercado se encontraba bajo la supervisión de la autoridad estatal. Si a ello unimos el hecho de que la norma exige similitudes en la regulación de los mercados y no identidad respecto de la regulación española, podía bien entenderse que una desviación en cuanto a normas de transparencia, existiendo supervisión estatal, no incidía lo suficiente para convertir el mercado en inidóneo para la inversión.

Es admisible que la CNMV pudiera hacer una valoración diferente de las circunstancias concurrentes, pero, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, antes del ejercicio de las potestades sancionadoras, es necesario aclarar cuestiones jurídicas que objetivamente pueden inducir a error a los interesados, delimitando en primer término si el mercado era apto, y de llegar a la conclusión contraria, requerir para su abandono a la entidad gestora del fondo, dando un plazo al efecto que sea factible para tal finalidad.

Pues bien, la razonabilidad en la interpretación jurídica impide que podamos apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad en el que la exigencia de responsabilidad infractora ha de basarse. La CNMV no se pronunció sobre la inidoneidad de un mercado respecto del cual podía sostenerse lo contrario de manera fundada, previamente a ejercer las facultades sancionadoras. No existía pues una aclaración en la interpretación y aplicación de unas normas que no resultaban incuestionadas dado el contenido de las mismas en la circunstancias fácticas concurrentes.

Al no apreciar la existencia de elemento de culpa en la conducta, debemos declarar no procede la imposición de sanción, y con ello anular el acto impugnado.

CUARTO.- De lo expuesto resulta la estimación del recurso y anulación del acto impugnado y con él de la sanción impuesta.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por "G.F., SGIC, S.A.", y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D^a. I.A.R., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2005, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, 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.