

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE JULIO DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 526/96
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto recurrido: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 26 de julio de mil novecientos noventa y nueve.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 526\96, seguido a instancia de "C. A., SCC", representada por el Procurador Don E. M. P., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado sobre Orden del Excmo Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 29 de abril de 1996, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado.

El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta, la cuantía se fijó en 10.000.000 pts e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago.

La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La "C. A., SCC" es la entidad depositaria del Fondo de Inversión "A., FIM", gestionado por "A., S.A.", del que la C. A., SCC es titular de un 49,97% y del resto la Fundación C. A.

En virtud de la Orden del Excmo Sr. Ministro de y Hacienda de 29 de abril de 1996, se impuso al recurrente una sanción de multa de 10 millones de pts, como autor de falta continuada muy grave prevista en el art. 32.4.g de la ley 46/84 de 26 de diciembre sobre Instituciones de Inversión Colectiva, consistente en la infracción del procedimiento de emisión y reembolso de participaciones del Fondo A., FIM.

En la O.M impugnada se declaró probada la comisión de dicha falta, referidas al período anterior a 30-4-94, por utilizar un sistema de representación de las participaciones de A., FIM fondo gestionado por A., S.A., en el que se prescindía de la identidad del partícipe lo que se lograba por alguna de las siguientes formas:

- * Emisión certificados al portador.
- * Falta de constancia del titular en el documento acreditativo de pertenencia del partícipe al fondo.
- * Falta de incorporación de dicho dato a la aplicación informática de los partícipes.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo, formalizando demanda, con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

a) Defectos formales en el procedimiento:

En el inicio del expediente sancionador no se incluyó al Director General de la Entidad, Sr. F., que fue llamado una vez formulada la propuesta de resolución contra la recurrente. En esta fase se incorporaron al expediente fotocopias de documentos, datados en 1988 y 1990, por tanto referidos a períodos prescritos, sin que se le diera a la recurrente la oportunidad de formular alegaciones, lo que vulnera los RRDD 1398/93 y 2119/93.

De lo anterior se deduce que al menos no puede ser tenido como cierto el hecho 2º de la OM en el que se asegura que la recurrente ofrecía participaciones asegurando la rentabilidad de la operación.

b) Principio de tipicidad y legalidad.

Las transmisiones que hayan podido llevar a término determinados partícipes de A., FIM no se hallan descritas como tipo infractor en el art. 32.4.g de la LIIC, pues con arreglo a la legalidad vigente en el momento era lícita la emisión de resguardos al portador realizadas antes de la entrada en vigor de la LMV (DA 6ª), sin que el art. 32 de la LIIC permita su complemento con normas reglamentarias como la OM impugnada que cita la OM 30-7-82.

Desde que en 1984 se eliminó la intervención obligatoria de fedatario en las transmisiones de títulos al portador, se permiten situaciones como la descrita, teniendo su origen la intervención de la recurrente en la facultad prevista en el art. 71 de la LMV, que le autorizaba para negociar la transmisión, a la que en definitiva debe aplicarse el régimen del art. 609 CC.

Por otra parte, la Ley 46/84 y el RD 1346/85 permiten que la representación de las participaciones pueda realizarse por medio de títulos nominativos o al portador, siendo aplicable la normativa de los títulos al portador art. 41.4 y 12.2 del RD citado (544 C de C). En el mismo sentido, el art. 7 del Reglamento del Fondo, que fue autorizado por el Ministerio de Hacienda, y la DA 6ª de la Ley 46/86, que con su silencio reafirman la posibilidad apuntada.

El tipo sancionador se construye para proteger la posible causación de daños, que en el presente caso no han existido, sin que quepa aplicar el tipo por un simple incumplimiento formal, que a lo sumo podría encuadrarse en el art. 32.3 j de la LIIC, como infracción leve.

c) Ppo de non bis in ídem:

La LIIC no permite, a diferencia de la LMV, la acumulación de sanciones a la entidad y a sus directivos, por lo que al proceder de ese modo se ha infringido el principio invocado, pues la entidad sólo podría responder de forma subsidiaria ante la insolvencia de los directivos (art. 32.5 LK).

Se sanciona a la entidad depositaria por los mismos hechos por los que se sancionó en su día a la gestora de A., S.A.

Termina invocando el principio de proporcionalidad en orden a la graduación de la sanción, la escasa entidad de la infracción, el nulo peligro para los partícipes, y la subsanación de lo actuado.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

a) Defectos formales:

En ningún caso pueden tener el efecto pretendido, máxime cuando la propia recurrente los utiliza para fundar su pretensión. Rechaza que pueda existir prescripción dado que se trata de una falta continuada.

b) Principio de legalidad y tipicidad:

Las conductas tipificadas no exigen para su comisión la causación de un perjuicio material, pues basta su existencia formal, presumiéndose el perjuicio por provocar la conducta descrita una alteración sustancial de las funciones de dichas entidades en el mercado.

Aunque las transmisiones a que se alude en la resolución impugnada, como base de la infracción, no se mencionen en el tipo sancionador, lo que se ha sancionado es el incumplimiento de las obligaciones relativas a la emisión y reembolso de las participaciones en lo relativo a la constancia de la identidad de su titular (art. 32.4 g LIC de 26-12-84).

d) Principio "non bis in ídem".

Niega su existencia por el hecho de sancionar a la sociedad y al actor, ya que cada uno asume separadamente su responsabilidad, y el fundamento de ésta es distinto.

e) Principio de proporcionalidad:

La administración ha actuado en el marco de la Ley y en el ejercicio de sus competencias evitando la comisión de irregularidades que en el futuro pudieran causar un grave perjuicio al Erario público.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta por las partes con el resultado que consta en las actuaciones, se acordó, en sustitución del trámite de audiencia, requerir a las partes para que aportaran sus conclusiones.

QUINTO.- Señalado el día 14 de julio de 1999 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente procedimiento la sanción impuesta a la recurrente por infracción del art. 32.4.g de la ley 46/1984 de 26 de diciembre de Instituciones de Inversión Colectiva.

La demanda se fundamenta en la infracción, imputada el acto impugnado, del art. 24.2 CE en su manifestación del derecho a la presunción de inocencia y a la defensa, y del art. 25 CE por infracción del principio de legalidad, así como del de "non bis in ídem".

El art. citado dispone que: *"son infracciones muy graves 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. Tiene esta consideración:*

La emisión y reembolso de las participaciones con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos por esta ley, sus disposiciones complementarias y los Estatutos y Reglamentos de gestión de las Instituciones".

SEGUNDO.- Procede en primer lugar, analizar las infracciones del procedimiento denunciadas.

Ninguna violación de este derecho puede imputarse a la resolución impugnada, en la medida en que no basta una simple irregularidad procedimental para anudar a la misma los efectos pretendidos por la recurrente, esto es, la declaración de nulidad radical de lo actuado, con el efecto inmediato de archivo del expediente, sin posibilidad de imposición de sanción alguna. En estos supuestos es necesario, que además de la infracción de procedimiento se acredite la causación de un perjuicio material derivado de la infracción normativa denunciada (STC 100/94), lo que no ha ocurrido en el presente caso, pues no puede pretenderse que las comunicaciones realizadas al Director General de una entidad, en su calidad de tal, se entiendan hechas al margen de la misma, así como que ésta pueda alegar desconocimiento de lo que el citado directivo actuaba en su nombre y representación.

TERCERO.- Se analizan separadamente las distintas infracciones con supuesta relevancia constitucional y que son objeto de denuncia, recordando que tras la STC 18/1981 las garantías contenidas en el art. 24 CE son aplicables al procedimiento administrativo sancionador, como con detalle recuerda la mas reciente jurisprudencia del TS (SSTC 7/1998 y 168/1998).

a) Principio de tipicidad y legalidad.

La cuestión que se plantea en este punto fue expresamente resuelta por esta misma Sección en la sentencia de 1 de octubre de 1998 (rec. núm. 521/1996, planteado por "A., S.A." contra el mismo acto), en sentido desfavorable a los intereses del recurrente. En la citada resolución, fj 5, se dijo que *"la interpretación correcta de dicho precepto (art.32.4.g. LIIIC), 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 quien recibe, determina la aplicación de dicho tipo legal, sin precisar de evaluaciones genéricas por número de afectados o porcentajes de incumplimientos tratándose de un tipo cerrado que no admite derivaciones suplementarias. En este caso, la actora incumplió su deber de controlar que todas las operaciones relativas a sus participaciones se efectuaran correctamente rellenándose los requisitos legales, reglamentarios y estatutarios por quienes fuesen titulares de cada transferencia con el fin de evitar la opacidad en el mercado y cumpliendo la finalidad básica de asegurar la transparencia"*.

De lo expuesto se deduce por otra parte, la naturaleza meramente formal de la infracción por lo que para entender realizado el tipo no será necesario acreditar la causación de un concreto y determinado perjuicio.

b) Principio de non bis in ídem:

La existencia de un distinto fundamento para la imposición de la sanción a la sociedad y a las personas físicas que la representan descarta la hipótesis de conculcación del principio de non bis in ídem.

c) Principio de proporcionalidad.

La resolución impugnada aplica la legislación vigente y toma en consideración las distintas circunstancias concurrentes para imponer la sanción correspondiente, sin que se aprecie falta de adecuación entre la sanción y la conducta declarada probada que es objeto de represión.

CUARTO.- En atención a lo expuesto procede dictar Sentencia desestimatoria del recurso, sin que se aprecien méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmamos el acto impugnado. No ha lugar a una expresa imposición de costas a las partes litigantes.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ, al tiempo de notificar esta sentencia se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso.