

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE SEPTIEMBRE DE
2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 41/04
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía de 24 de noviembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a uno de septiembre de dos mil cinco.

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 41/04, se tramita a instancia de la entidad "G. A., S.G.I.I.C., S.A." entidad representada por el Procurador Don F. P. R., contra la Orden del Excmo. Sr. Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía de fecha 24 de noviembre de 2003, sobre sanción en el ámbito de la Ley del Mercado de Valores; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 12.020 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso en fecha 3 de febrero de 2004, este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamando el expediente administrativo, se entregó a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"que se tenga por presentado este escrito, teniendo por formalizada demanda contra la Resolución del Ministro de Economía de 24 de noviembre de 2003 y, tras los trámites pertinentes, dicte sentencia por la que declare no ser conforme a Derecho y anule la Resolución recurrida, para el caso de que no se estimara la anterior pretensión, que se revise dicha Resolución en el sentido de que rebaje la tipificación de la infracción a grave, de conformidad con la Ley 35/2003, imponiéndose en cualquier caso la sanción en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad."*

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho"*.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 9 de diciembre de 2004, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, tras lo cual quedaron los autos pendiente de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 7 de abril de 2005; y, finalmente, mediante providencia de 6 de junio de 2005 se señaló para votación y fallo el día 19 de julio de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución adoptado por el Excmo. Sr. Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de Economía, con fecha 24 de noviembre de 2003, por la que resolviendo el expediente sancionador incoado a la entidad "G. A., S.G.I.I.C., S.A." –ahora recurrente.- y a los miembros de su Consejo de Administración, acuerda, entre otros extremos y por lo que aquí interesa lo siguiente:

" 1. Imponer a "G. A., S.G.I.I.C., S.A."

- Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 32.cuatro e) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento por "M., FIM" del coeficiente de inversión mínima del artículo 18 del mismo texto legal, multa de 12.020 euros (DOCE MIL VEINTE EUROS) (...)"

SEGUNDO.- En la propia resolución se declaran como "HECHOS PROBADOS" los recogidos en la relación de hechos del Pliego de Cargos, modificados en parte a raíz de las alegaciones formuladas por los expedientados y de las pruebas documentales practicadas. En concreto se dan por acreditados los siguientes hechos que, por lo demás, la demandante ni siquiera cuestiona –menos aún los desvirtúa- y que, por lo tanto, han de ser aceptados plenamente por la Sala:

1) La gestora recurrente fue inscrita en el registro administrativo correspondiente de la CNMV en 1996, teniendo su domicilio social en Madrid, ascendiendo su capital social a 601.012,10 euros (100.000.000 de pesetas).

Por lo que respecta a los accionistas de la Gestora, desde el 24 de septiembre de 1999 y hasta agosto de 2000, Don F. F. F. F. detento a una participación del 74,5%, correspondiendo el 25,5% restante a Don J. L. M. C. (que mantiene esta posición hasta noviembre de 2000, en que vende su participación a Don A. G. S.). A partir de dicha fecha se inicia un cambio en el control de la Gestora, dándose entrada a dos nuevos accionistas, Don J. A. O. y Don A. G. S. Desde el 7 de febrero de 2001, fecha en que Don F. F. F. F. rebaja su participación al 25%, el capital de la Gestora se encuentra distribuido de la siguiente forma:

Tanto por ciento participación

Don J. A. O.	37,5%
Don A. G. S.	37,5%
Don F. F. F. F.	25%
TOTAL	100%

2º) "G. A., S.G.I.I.C., S.A." gestionaba únicamente, a la fecha a que se refieren los hechos detectados en la visita de supervisión realizada por la CNMV relacionados a continuación, dos fondos de inversión, en concretó "M., FIM" y "P., FIM". Las decisiones de inversión eran tomadas en cada fondo de forma independiente, en los comités que se celebraban

semanalmente y a los que, respectivamente, asistían Don A. G. C., Don J. A. O. y Don A. F. C., de una parte, y Dña. P. F. F. S. y Don F. F. F. F., de otra.

3º) La familia F.F. se encontraba vinculada, en la fecha a que se refieren los hechos a diversas empresas, entre otras la ahora recurrente, siendo propietaria de forma directa o indirecta, a través de otra de las empresas vinculadas, "B." (sociedad admitida a cotización), de un 71,92% del fondo "M., FIM". Además, el 14,95% de las participaciones de este fondo son propiedad de clientes gestionados por "G. A., S.G.I.I.C., S.A." (también vinculada). En total, de los 98 partícipes que tiene el Fondo a 31 de agosto de 2001, 19 son vinculados a la familia F.F. y 10 son clientes gestionados por "G. A., S.G.I.I.C., S.A.".

La persona que gestionaba "M., FIM" (Dña. P. F. F.), también tenía poderes en "G. V., S.G.I.I.C., S.A." y en "B. C., S.A." (ambas entidades pertenecen al cien por cien a la familia F.F.). Además, el grupo familiar es propietario del 68,87% del "B.", 31,16% a través de "B. C., S.A." y el resto a título individual.

Con fecha 19 de julio de 2002, "G. V., S.G.C., S.A." causó baja en el correspondiente Registro Administrativo de la CNMV y "M., FIM" se encuentra en disolución.

4º) Según la información obtenida en el Registro Mercantil, los nuevos accionistas de la gestora han acordado el ejercicio de una acción judicial de responsabilidad contra los anteriores administradores y la no aprobación de las cuentas anulas del ejercicio 2000.

5º) Como consecuencia de las comprobaciones realizadas durante la visita de seguimiento realizada por la Dirección General de Entidades del Mercado de Valores de la CNMV a la Gestora ahora recurrente, sobre sus estados a fecha 31 de agosto de 2001, se pusieron de manifiesto, entre otros, los siguientes hechos relevantes:

A 31 de agosto de 2001, el coeficiente de inversión de "M., FIM" es del 68%, debido a que en julio contrató un depósito a 10 años con Deutsche Bank AG, que a 31 de agosto de 2001 supone un 29% del patrimonio.

TERCERO.- La infracción sancionada mediante la resolución que ahora se impugna es, pues, el incumplimiento por el referido Fondo de Inversión ("M., FIM") del coeficiente de inversión mínima que la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva regulaba en su artículo 18, al señalar que... *"Los FIM tendrán invertido, al menos, el 80% de su activo en valores de renta fija o variable admitidos a negociación en una Bolsa de Valores o, en los términos que autorice la CNMV, en otros mercados organizados y de funcionamiento regular"*.

En igual sentido el artículo 37 del Reglamento establecía sobre la inversión del patrimonio que *"El activo del Fondo, que aumentará o disminuirá en cualquier momento por la suscripción o reembolso de participaciones, estará invertido de la siguiente forma:*

a) Un porcentaje promedio mensual de saldos diarios del activo del Fondo no inferior al 80% deberá ser invertido en valores e instrumentos financieros de los indicados en el artículo 17 de este Reglamento.

b) El resto de los recursos podrá invertirse además de en los valores a que se refiere la letra anterior, en los valores que contempla el artículo 17 bis y en lo que gocen de especial liquidez según lo previsto en el artículo 49 de este Reglamento. El conjunto de las inversiones en valores no cotizados señalados en el artículo 17 bis de este Reglamento y en otros activos distintos de los incluidos en su artículo 17 no podrá suponer más de 10 por 100 del activo del fondo..."

Y, como se ha visto, según los hechos declarados probados el fondo en cuestión, a 31 de agosto de 2001 y con anterioridad, incumplía claramente dicho coeficiente de inversión, al ser el mismo de un 68%, lo que constituye una infracción muy grave del artículo 32.4 e) de la citada Ley (en adelante LIIC) con arreglo al cual *"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. Tienen esta consideración: e) El incumplimiento del coeficiente de inversión mínimos de los artículos 10 y 18 cuando no deba calificarse como infracción grave"*.

CUARTO.- Frente a lo anterior no puede prevalecer la aplicación de la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, pretendidamente más favorable, alegación ésta sobre la cual la demandante articula su primer motivo de recurso.

En efecto, el Tribunal Supremo, ya de antiguo incluso antes de la Constitución, había venido elaborando la teoría del ilícito como supraconcepto comprensivo tanto del ilícito penal como administrativo; y sobre esa base se han venido aplicando a la potestad sancionadora de la Administración los principios básicos construidos por la técnica jurídico-penal. Resulta claro que también en el ámbito de las sanciones administrativa ha de tener plena virtualidad el principio tradicional de la retroactividad de la Ley favorable recogido en el antiguo artículo 24 del Código Penal, conclusión que, como tantas veces hemos señalado, resulta indudable, con mayor razón, una vez que dicho principio obtuvo el rango constitucional que deriva "a contrario sensu" del artículo 9.3 de la Constitución, tal y como reiteradamente ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional (SSTC 8/1981, 51/1985, 131/1986, entre otras muchas) debiendo considerarse entre la garantías aplicables a la potestad sancionadora de la Administraciones Públicas, sin duda, la garantía de retroactividad de las Leyes penales o sancionadoras más favorables, tal y como, por lo demás, se recoge, en el artículo 127.2 de la Ley 30/1992 al decir que *"las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor"*, al igual que el artículo 4.1, párrafo segundo del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Ahora bien, la Sala no puede compartir la tesis propuesta por la recurrente que pretende hacer ver que la nueva Ley 35/2003 cambia sustancialmente la tipificación del incumplimiento del coeficiente mínimo de inversión, pues, frente a lo que por la demandante se alega, tanto en la antigua Ley de 1984 como en la nueva Ley 35/2003, para atribuir a dicha infracción el carácter de muy grave resulta determinante el que se haya desvirtuado el objeto de la Institución de Inversión Colectiva o perjudicado los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, habiendo sido incluso ampliado el ámbito en este caso de las infracciones muy graves en la nueva Ley como resulta de la

mera lectura comparativa del artículo 32.4 de la Ley 46/1984 (más arriba transito) y del nuevo artículo 80 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre ("*infracciones muy graves*")... e) El incumplimiento de los límites a la inversión o de los coeficientes de inversión mínima, ... Continuando "*siempre que ello desvirtúe el objeto de la LIC o perjudique gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, y no tenga carácter transitorio*". En la nueva regulación, y de nuevo frente a lo que en la demanda se alega, no se exige, a diferencia de la Ley 46/1984, para la consideración de infracción muy grave que se ponga en gravísimo peligro o lesione muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, sino que basta que el incumplimiento de los límites del coeficiente de inversión mínima perjudique gravemente tales intereses, sancionándose, finalmente, en la nueva LIC la comisión de las infracciones muy graves con multas de cuantías muy superiores en el nuevo artículo 85 a las del artículo 32 de la Ley 46/1984 con arreglo al cual (apartado 5) fue sancionada la actora que, además, lo fue en el grado mínimo.

Por ello, tampoco la segunda y última de las alegaciones de la demanda en relación con el invocado principio de proporcionalidad, puede tener la virtualidad pretendida ya que la sanción impuesta se ajustó, como decimos, al artículo 32.5 de la Ley 46/1984, una vez tomados en cuenta los criterios recogidos en los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, aplicables en virtud de los establecido por el propio artículo 32 (apartado 6) y en concreto una serie de circunstancias atenuantes a que se refiere la propia resolución impugnada, tales como la magnitud del perjuicio causado, la escasa importancia de la Gestora atendiendo al nivel de sus recursos propios, así como el hecho de haber terminado ésta adoptando las medidas pertinentes para la subsanación de las infracciones detectadas.

QUINTO.- De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin que se aprecien circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad "G. A., S.G.I.I.C., S.A.", contra la resolución del Ministerio de Economía de 24 de noviembre de 2003, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.