

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE OCTUBRE DE 2005

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 71/04
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía de 19 de diciembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de octubre 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 71/2004, se tramita a instancia de Don A. C. B., representando por la Procuradora Dña R. S. M., contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 19 de diciembre de 2003, sobre Sanción por Infracción muy grave 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 6.010 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte indicada interpuso, en fecha 19 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 éste 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 tenga por presentado este escrito, teniendo por formalizada la demanda contra la Resolución del Ministro de Economía de 19 de diciembre de 2003 y, tras 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 y revocándose la sanción de Amonestación Pública con publicación en el BOE"*.

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 declare la inadmisibilidad del presente recurso, en cuanto a la pretensión indemnizatoria formulada y en todo caso la total desestimación del mismo, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho"*.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 1 de septiembre 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 concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 14 de diciembre de 2004 y, finalmente, mediante providencia de 13 de septiembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 18 de octubre de 2005, en que efectivamente se deliberó y votó

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en le presente recurso contencioso-administrativo la Orden del Ministerio de Economía por la que, resolviendo el expediente sancionador incoado a "A. R. F., SGIIC, S.A." y a los miembros de su Consejo Administración, acuerda:

"Imponer a "A. R. F., SGIIC, S.A.":

a) por la comisión de una infracción muy grave del artículo 32.4 en su letra e) de la LIIC por haber incumplido "S. B., FIM" el coeficiente de liquidez desde el mes de agosto de 2000 hasta enero de 2001, multa por importe de 12.020 euros (DOCE MIL VEINTE EUROS).

Imponer a Don A. C. B.

a) por la comisión de una infracción muy grave del artículo 32.4 en su letra e) de la LIIC por haber incumplido "S. B., FIM" el coeficiente de liquidez desde el mes de agosto de 2000 hasta enero de 2001, multa por importes de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS) y amonestación Pública con publicación en el BOE"

Son antecedentes fácticos a tener presentes en esta sentencia:

1º) El Consejo de la CNMV, en su reunión del día 13 de noviembre de 2002, acordó incoar expediente sancionador a la entidad "A. R. F., SGIIC, S.A." y a los miembros de su Consejo de Administración, entre ellos el hoy recurrente, por la presunta comisión de diversas infracciones, formulándose el correspondiente Pliego de Cargos en el que se imputaba a los expedientados una serie de hechos y los cargos correspondientes.

2º) En su sesión celebrada el 22 de septiembre de 2003, el Consejo de la CNMV acordó resolver el expediente en relación con los hechos que se consideraban constitutivos de infracciones graves y en cuanto a los hechos que se consideraban constitutivos de infracciones muy graves al Comité Consultivo con el fin de que si el informe de este fuere favorable, lo remitiese al Excmo. Sr. Vicepresidente Primero de Gobierno y Ministro de Economía en los términos de imponer, por lo que se refiere al hoy recurrente, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 32.4 b) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva y, asimismo, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 32.4 e) de igual Ley sancionadora con multa por impote de 6.010 euros y amonestación pública con publicación en el BOE.

3º) El Consejo de la CNMV, en su sesión de 4 de noviembre de 2003, a la vista del informe con observaciones del Comité Constitutivo adoptó el acuerdo declarar la inexistencia de responsabilidad para Don A.C.B. por la comisión de la infracción muy grave del artículo 32.4 b) del la LIIC y, en lo que se refiere a las infracciones muy graves, elevar propuesta el

Ministro de Economía en los términos de imponer al hoy recurrente: *"Por la comisión de una infracción muy grave del artículo 32.4 e) de la LIIC por haber incumplido "S. B., FIM" el coeficiente de liquidez desde el mes de agosto del 2000 hasta enero de 2001, multa por importe de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE"*.

4º) Finalmente el Ministerio de Economía dicta la Orden Ministerial por la que se resuelve el expediente sancionador en el sentido más arriba indicado y que constituye el objeto de la presente impugnación.

SEGUNDO.- Los motivos impugnatorios aducidos en pos de la anulación de la resolución sancionadora impugnada pueden resumirse como sigue: En primer lugar, nulidad de la resolución por infracción del artículo 62.1b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (falta de competencia material). En segundo lugar, aplicación retroactiva de las normas de la Ley 35/2003 que la actora entiende más favorables. Finalmente, aplicación de los principios del Derecho Sancionador, singularmente, el de culpabilidad, proporcionalidad y presunción de inocencia.

A lo que se opone el Abogado el Estado rechazando, en primer término la pretendida conexión del procedimiento sancionador que aquí se cuestiona con la alegada renuncia a la autorización concedida y solicitud de baja de registro de entidades de la CNMV. En cuanto a la pretendida aplicación de la Ley 35/2002, señala que la norma entró en vigor a los tres meses de su publicación, con posterioridad, por tanto, no solo a la Comisión de las conductas infractoras sino inclusive en la resolución sancionadora que constituye el objeto del presente recurso, señalando, que en cualquier caso, no existe como se pretende por la recurrente una destipificación de la conducta que ha sido objeto de sanción, siendo prácticamente idéntica y a salvo de cuestiones puramente terminológicas la regulación actual y la anterior. Finalmente, por lo que se refiere a la aplicación de los principios del Derecho Sancionador, argumenta que desde la perspectiva del demandante en su condición de administrador de la sociedad ha existido culpabilidad del recurrente, en su condición de administrador de la sociedad, con el carácter de Presidente y Director General de la Compañía y como tal máximo responsable de la misma, sin que por parte del mismo se realizasen actuaciones encaminadas a evitar la conducta infractora, por lo que no puede considerarse que el mismo haya actuado con la diligencia que le es exigible, siendo, por lo demás, la resolución impugnada acorde con el principio de proporcionalidad, habida cuenta la ponderación de las circunstancias concurrentes tal y como se refleja en la propia resolución.

TERCERO.- Esta Sala ha analizado ya los motivos de fondo del recurso en la Sentencia de esta misma fecha recaída en el P.O. 70/2004 seguido a instancia de "A. R. F., SGIIC, S.A." En esta sentencia acabamos de decir:

"TERCERO: Tampoco podemos acoger la tesis de que la Ley 53/2003 contiene una redacción más favorable para los intereses de la recurrente, pues como indica la administración demandada, la redacción del antiguo art. 32.4 e) de la Ley mantiene los mismos elementos esenciales que la nueva del art. 80 de la Ley 53/2003, razón por la que también debe

desestimarse este motivo del recurso, debiendo subrayarse que el quebrantamiento permanente de los límites de los coeficientes de inversión mínima, hecho por otra parte indiscutido, supone en sí mismo una desvirtuación del objeto de las IIC. Finalmente, en cuanto a la aplicación del principio de proporcionalidad, sólo cabe decir que la sanción se impuso en su grado mínimo tomando en consideración elementos atenuantes que se detallan en el FJ 8 por lo que la aplicación de este principio debe entenderse respetada sin que sea necesario agotar exhaustivamente el análisis de todos los elementos que cita el art. 131 de la Ley 30/1992."

Tales argumentos han de servir aquí también para rechazar las alegaciones del actor en su calidad de máximo responsable de la gestión ordinaria de la Gestora y de la operativa diaria de la misma.

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 administrativas ha de tener plena virtualidad el principio tradicional de la retroactiva de la Ley más 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" de 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 las garantías aplicables a la potestad sancionadora de las 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 transcrito) 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 en 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 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, aplicable 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 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 la medidas pertinentes para la subsanación de las infracciones detectadas.

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

No se aprecian 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 Don A. C. B., contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 19 de diciembre de 2003, que declaramos conforme a Derecho en los extremos examinados.

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 lo efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.