

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE ABRIL DE 2011

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº 70/10
Ponente: Doña Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de diciembre de 2009
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a veintisiete de abril de dos mil once.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 70/2010 promovido por Don F.G.L representado por el Procurador de los Tribunales Don A.G.C. y asistido del Letrado Don G.J.B. contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 9 de diciembre de 2009 por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a "G., S.A., SGIIIC" y a su Presidente y Consejero Delegado Don F.G.L por infracciones muy graves de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 40.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El 19 de enero de 2010 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitida a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora formalizó la demanda en escrito de 7 de julio de 2010 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando en el suplico *"que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que al mismo se acompañan, lo admita teniendo por formulada demanda en el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la orden de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía de 9 de diciembre de 2009, que resolvió el expediente sancionador incoado a "G., S.A., SGIIIC" y a su Presidente y Consejero Delegado Don F.G.L, en lo que se refiere a las sanciones impuestas a éste y, en consecuencia, previos los trámites legales oportunos, las anule y deje sin efecto y subsidiariamente que las limite a tres mil euros cada una, dejando sin efecto la de suspensión en el cargo"*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 24 de septiembre de 2010 el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

Solicitado el recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y presentadas conclusiones, se declaró concluso el procedimiento el 23 de noviembre de 2010 y se señaló para votación y fallo el 12 de abril de 2011.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 9 de diciembre de 2009 en la parte que acuerda:

1. *Imponer a Don F.G.L en su condición de Presidente y Consejero Delegado de la entidad "G., S.A., SGLIC" por la comisión de una infracción muy grave del artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, al haber mantenido la entidad por un periodo de seis meses un nivel de recursos propios inferior al exigido legalmente, una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros) y una sanción de suspensión en su cargo por plazo de tres meses.*

2. *Imponer a Don F.G.L en su condición de Presidente y Consejero Delegado de la entidad "G., S.A., SGLIC" por la comisión de una infracción muy grave del artículo 80 letra d) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, al haber incumplido la prohibición de pignorar los activos en que se materialicen los recursos propios mínimos de las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva una multa por importe de 20.000 euros (veinte mil euros) y una sanción de suspensión en su cargo por plazo de tres meses."*

Se quiere precisar aun cuando no tenga trascendencia para resolver este procedimiento que la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 9 de diciembre de 2009 (folios 419 a 422 del expediente administrativo) no dice literalmente a salvo de la parte dispositiva lo que se transcribe con entrecomillado por la Secretaría del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (folios 423 a 452 del expediente administrativo) tras el siguiente párrafo *"se ha recibido por esta Comisión Nacional del Mercado de Valores para su notificación a los interesados la resolución firmada por la Sra. Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda –de fecha 9 de diciembre de 2009 que a continuación se transcribe"* sino que la Ministra en la orden que firma *"hace suya la propuesta elevada en virtud del acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de noviembre de 2009 con todos sus hechos y consideraciones jurídicas"*.

SEGUNDO.- En relación a la infracción muy grave del artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en *"el mantenimiento por las SGLIC o por las sociedades de inversión durante un período de seis meses de unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la preceptiva autorización"* alega la parte recurrente que se ha vulnerado el principio de tipicidad. Así indica que se le sanciona por haber mantenido la entidad por un periodo de seis meses un nivel de recursos propios inferior *"al exigido legalmente"*, cuando el tipo legal lo que sanciona es haber mantenido la entidad por un periodo de seis meses un nivel de recursos propios inferior *"al exigido para obtener la preceptiva autorización"* y en este caso el nivel de recursos propios aun excluyendo el préstamo participativo ha sido siempre en el periodo de infracción considerado superior a 300.000 euros que son los recursos propios que se exigen al momento inicial de constitución y autorización de una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva. El Abogado del Estado en relación a esta alegación alega que el actor olvida que el hecho tipificado es el *"mantenimiento"* durante un periodo temporal de recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la autorización y se remite a los folios 465 a 467 de la resolución desestimatoria.

Tal como señala la propuesta de resolución a la que se remite la orden ministerial recurrida (folios 359 a 383) es esencial el cumplimiento por las sociedades gestoras de su obligación de mantener en todo momento un nivel de recursos propios mínimos exigidos por las normas de aplicación y así lo exige el artículo 43 de la Ley 35/2003 de Instituciones de Inversión Colectiva que establece que *“las sociedades gestoras deberán reunir los siguientes requisitos para obtener y conservar la autorización: e) disponer del capital social mínimo que se establezca reglamentariamente totalmente desembolsado en efectivo y posteriormente con los niveles de recursos propios que se exijan proporcionados al valor real de los patrimonios que administren”*. Ahora bien las consecuencias del incumplimiento por las sociedades gestoras de las normas relativas a sus recursos propios exigibles deben ser contempladas con un estricto respeto al principio de legalidad en materia sancionadora.

Así el artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva tipifica como infracción muy grave *“El mantenimiento por las SGIIIC o por las sociedades de inversión durante un período de seis meses de unos recursos propios inferiores a los exigidos para obtener la preceptiva autorización”*. Por tanto este precepto sanciona el haber mantenido la entidad por un periodo de seis meses un nivel de recursos propios inferior *“al exigido para obtener la preceptiva autorización”*. El nivel de recursos propios exigidos para obtener la preceptiva autorización no es el mismo nivel de recursos propios exigidos para conservar la autorización. Como se indica en la propuesta de resolución al momento inicial de constitución y autorización de una gestora sus recursos propios y capital social mínimo (300.000 euros según el artículo 70.1 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva aprobado por Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre) coinciden, dado que los primeros resultan de incrementar ese capital en una cuantía que depende del importe del patrimonio gestionado en cada momento. El legislador se refiere sólo a los recursos propios para obtener la autorización pero no para conservar la autorización teniendo en cuenta que cuando ha querido el legislador ha utilizado esas expresiones simultáneamente como hace en el artículo 43 LIIC que se refiere a los *“requisitos para obtener y conservar la autorización”*.

Por tanto el hecho sancionado consistente en haber mantenido la entidad por un periodo de seis meses un nivel de recursos propios inferior al exigido legalmente sólo podría incardinarse en el tipo infractor previsto en el artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva en el caso de se haya mantenido por la entidad un nivel de recursos propios inferior al exigido para obtener la autorización. Esta Sala aun cuando considera que es esencial para preservar la estabilidad y solvencia de las Sociedades Gestoras de Inversión Colectiva que no tengan un déficit de recursos propios tal como entiende la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no puede extender el tipo infractor a supuestos no previstos legalmente, debiendo respetar el tenor literal del enunciado del precepto normativo que si bien sanciona el no mantenimiento de los recursos propios por un determinado periodo de tiempo lo limita a los supuestos en que ese nivel sea inferior al exigido para *“obtener”* la preceptiva autorización y ello acorde con la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de enero de 2002 que subraya *“la necesidad de que las conductas imputadas como supuestos de infracción encajen sin interpretaciones forzadas ni aplicaciones extensivas, en los casos contemplados legalmente como infracción”*.

En este caso en el hecho probado segundo de la propuesta de resolución se indica que en el periodo de incumplimiento (desde el 2 de enero de 2008 hasta al menos el 30 de junio de 2008) los recursos propios computables (excluyendo del cómputo el préstamo participativo) serían de 423.000 euros, 362.000 euros, 313.362 euros respectivamente a 2 de enero de 2008, 31 de marzo de 2008 y 30 de junio de 2008. Es decir siempre han estado por encima de los recursos propios mínimos exigidos para obtener la preceptiva autorización (300.000 euros). De ello deriva que estos hechos no se puedan considerar constitutivos de la infracción prevista en el artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva al no haberse mantenido por la entidad en ese periodo un nivel de recursos propios inferior al exigido para obtener la autorización.

Establecido que el hecho imputado no está tipificado en el tipo infractor por el que ha sido sancionado procede anular la sanción impuesta por la comisión de esa infracción.

No procede realizar una alteración del tipo en esta sentencia subsumiendo la conducta en otro tipo infractor ya que como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 218/2005 (Sala Primera), de 12 septiembre recurso de Amparo núm. 3906/2001 *“El principio de tipicidad impone a la Administración la obligación de indicar de manera suficiente y correcta en cada concreto acto administrativo sancionador la norma específica en la que se ha efectuado la predeterminación del ilícito en el que se subsumen los hechos imputados al infractor, pudiendo el órgano judicial controlar posteriormente la corrección del concreto ejercicio de la potestad sancionadora efectuado por la Administración. El órgano judicial no puede llevar a cabo por sí mismo, sin embargo, la subsunción de los hechos imputados a un sujeto bajo preceptos legales seleccionados por él ex novo con el objeto de mantener la sanción impuesta, y que la Administración no haya identificado expresa o tácitamente”*.

No es necesario entrar a analizar el resto de alegaciones del recurrente en relación a este apartado al haberse anulado la sanción por vulneración del principio de tipicidad.

TERCERO.- En relación a la infracción muy grave del artículo 80 letra d) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en *“La realización de operaciones de préstamo bursátil o de valores, así como la pignoración de activos, con infracción de las cautelas que se determinen en las normas de desarrollo de esta Ley o en el folleto, los estatutos o el Reglamento de la IIC”*, el recurrente no cuestiona el hecho imputado consistente en dar garantía o pignorar los activos en que se materialicen los recursos propios mínimos (se pignoraron los activos de “G. S.A., SGIIIC” en que se materializaban sus recursos propios mínimos en garantía de una línea de crédito otorgada a su sociedad matriz Alfil Capital SL) y así se recoge en la propuesta de resolución cuyo contenido asume la orden ministerial recurrida *“Ha quedado acreditado en el procedimiento y así lo han reconocido los expedientados que con fecha 24 de marzo de 2008 Don F.G.L formalizó una póliza de crédito a interés fijo con Banco de Sabadell SA en nombre de Alfil capital SL (socio mayoritario de “G. S.A., SGIIIC”) hasta un límite de 180.000 euros ofreciendo y formalizando como garantía los Bonos del Estado depositados en la cuenta de valores de “G. S.A., SGIIIC” hasta el límite de la póliza. Los recursos propios de “G. S.A., SGIIIC” a 31 de marzo de 2008 ascendían a 430 miles de euros y toda la cartera a esa fecha -*

268 miles de euros- servían en su totalidad para materializar parte de esos recursos propios, por lo que en ningún caso podían ser objeto de pignoración”.

Considera el recurrente que se ha vulnerado el principio de legalidad y tipicidad por cuanto la obligación de no pignoración por parte de las SGIIIC no tiene base legal ya que a) no la prevé el artículo 47 de la LICC sino que la establece directamente el artículo 82 RICC y b) el tipo infractor no se refiere al incumplimiento de la obligación de pignoración de las SGIIIC sino de las IIC ya que la Ley solo prohibía esa pignoración a las SGIIIC sino sólo a las IICs. El Abogado del Estado no dice nada en relación a esta segunda infracción, lo que interpreta el recurrente en el escrito de conclusiones como una aceptación tácita de sus alegaciones.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2001 *“Con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, como reconoció la jurisprudencia constitucional en precedentes sentencias, algunas de las cuales han sido invocadas, como las SSTC núms. 77/1983, 83/1984 y 3/1988”.*

En este caso la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) sólo establece respecto a las instituciones de inversión colectiva (IIC) que *“Los valores y otros activos que integren la cartera no podrán pignorarse ni constituir garantía de ninguna clase, salvo para servir de garantía en las operaciones que la institución realice en los mercados secundarios oficiales”* (artículo 30.5) y respecto a las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva (SGIIIC) es el Reglamento de la Ley (aprobado por Real Decreto 1309/2005) el que establece en su artículo 82 que *“Las SGIIIC no podrán, en ningún caso, emitir obligaciones, pagarés o efectos análogos, ni dar en garantía o pignorar los activos en que se materialicen sus recursos propios mínimos. Asimismo, sólo podrán acudir al crédito para financiar los activos de libre disposición, y con un límite máximo del 20 por 100 de sus recursos propios”.*

No se aprecia en contra de lo que sostiene el recurrente irregularidad alguna por cuanto ese precepto reglamentario constituye un desarrollo reglamentario de una norma con rango de ley. Así el artículo 47 de la Ley 58/2003 de IIC establece que *“reglamentariamente se establecerán los coeficientes mínimo de inversión, diversificación y endeudamiento que deberán cumplir en todo momento”* fijando la norma reglamentaria un límite en relación al endeudamiento al establecer no una prohibición absoluta para pignorar o dar en garantía los activos de la SGIIIC sino sólo hasta la cifra de los recursos propios mínimos en caso de que se trate de activos en que se materialice los recursos propios y un límite máximo del 20% de los recursos propios en caso de que se trate de activos de libre disposición. Por otra parte es una norma con rango de Ley la que tipifica como infracción muy grave la pignoración de activos con infracción de lo dispuesto en el Reglamento de la IIC fijando el Reglamento de la IIC en su artículo 82 los límites a la pignoración por parte de las SGIIIC de activos en que se materialicen los recursos propios mínimos.

Se trata en definitiva de una norma sancionadora en blanco en que se usan dos preceptos distintos para integrar un solo tipo infractor y así la infracción está tipificada en una norma con rango de ley que regula lo esencial y el contenido concreto es fijado por la norma de remisión en este caso una norma reglamentaria. Esta técnica es admitida siempre y cuando se den los requisitos establecidos por la jurisprudencia (STS de 15 de septiembre de 1998): a) que el reenvío normativo sea expreso b) que la norma en blanco contenga el núcleo esencial de la prohibición y c) que esté justificada la remisión en razón del bien jurídico protegido, lo que aquí se cumple por lo siguiente: a) existe un una remisión a un concreto Reglamento. El hecho de que el precepto se remita al *"Reglamento de la IIC"* no significa que sólo se refiere a las previsiones reglamentarias en relación a las Instituciones de Inversión Colectiva (IIC) sino que se está remitiendo a la denominación del Reglamento que regula no sólo a las IIC (fondos de inversión y sociedades de inversión) sino también a las sociedades gestoras (SGIIC) cuyo objeto social es administrar y gestionar las inversiones y gestión de suscripciones y reembolsos de los fondos y sociedades de inversión b) la ley recoge el núcleo esencial de la prohibición consistente en la realización de operaciones de préstamo bursátil o de valores, así como la pignoración de activos y c) la justificación de esa remisión reglamentaria se encuentra en la propia materia que se regula *"cuya complejidad impide que la norma con rango legal pueda agotar la definición de todos los elementos integrantes del tipo que describe"* (STS de 27 de octubre de 2004).

Por tanto no se aprecia se haya vulnerado el principio de tipicidad ni de legalidad.

CUARTO.- En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad considera que las sanciones económicas impuestas (dos multas de 20.000 euros cada una) son de una enorme cuantía para una persona física partiendo que su salario anual ha sido de una media de 36.000 euros anuales en el período 2006 a 2008 y que a la sociedad de la que es Presidente y Consejero se le ha impuesto una sanción mucho menor por los mismos hechos (3.000 euros por cada una de las sanciones). Hace referencia a diversas resoluciones de la CNMV en que la sanción impuesta a los Consejeros es notablemente inferior a la impuesta a la sociedad sancionada.

Como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 2009 *"La aplicación del principio de proporcionalidad se traduce en una actuación reglada, consistente en tomar en cuenta o en consideración, razonadamente y con la motivación precisa, los elementos, criterios y pautas que a tal fin se deduzcan del ordenamiento en su conjunto, o del sector de éste afectado, y en particular los que haya podido establecer la norma jurídica aplicable"*. En este caso el legislador ha establecido los criterios a tener en cuenta para graduar la sanción, criterios que está obligada a aplicar la Administración por cuanto son los fijados específicamente por el legislador en la Ley y en concreto los establecidos en el artículo 88 de la LIIIC y artículo 131.3 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo Común.

Debe tenerse en cuenta que conforme al artículo 85.2 de la LIIIC la sanción a imponer a quienes ejercen cargos de administración o dirección por la comisión de infracciones muy graves es de *"a) multa por importe no superior a 300.000 euros b) suspensión en el ejercicio del cargo por plazo no superior a 3 años c) separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo máximo"*

de cinco años y d) separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad financiera de la misma naturaleza por plazo no superior a 10 años” y en este caso la multa impuesta es de 20.000 euros, lo que parece proporcionado teniendo en cuenta el límite máximo de la sanción pecuniaria que se podía imponer (300.000 euros), y que los ingresos del recurrente no sólo vienen determinados por su salario sino también debe tenerse en cuenta el importe del patrimonio de la sociedad gestionada sancionada de la que es el máximo accionista conforme al criterio de graduación establecido en el apartado 88 d) de la LIIC.

Por otra parte no existe ninguna norma que establezca que en el caso de la comisión de una infracción de la LIIC, el importe de la sanción de la sociedad deba ser superior al de quienes ostenten en ella cargos de administración o dirección por lo que puede ser que atendiendo a las circunstancias concretas se impongan sanciones más graves a las personas físicas que han tenido una participación dolosa decisiva, directa en la comisión de los hechos constitutivos de la infracción, como sucede en este caso y así se razona en la resolución sancionadora al hacer referencia a que fue personalmente el Don F.G.L el que en nombre de la Gestora dispone de los activos -Bonos del Estado- en que se materializan sus recursos propios mínimos pignorándolos en garantía de un crédito bancario concedido a su sociedad matriz de la que es prácticamente único accionista contraviniendo una clara prohibición de la normativa establecida.

QUINTO.- De lo anterior deriva la procedencia de estimar parcialmente el presente recurso. 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por **Don F.G.L** contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 9 de diciembre de 2009 que resuelve el expediente sancionador incoado a “G., S.A., SGIIC” y a su Presidente y Consejero Delegado Don F.G.L por infracciones muy graves de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva y en consecuencia se anula exclusivamente en la parte que acuerda imponer a Don F.G.L una multa por importe de veinte mil euros y una sanción de suspensión en su cargo por plazo de tres meses por la comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 80 letra q) de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva. Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.