

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE ENERO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 507/04
Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 22 de julio de 2003, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de septiembre de 2004
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiuno de enero de dos mil seis.

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 507/04, se tramita a instancia de Don J.A.O. y Don R.P.A-C., representados por el Procurador Don F.P.R. contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 1 de septiembre de 2004, sobre sanciones en el ámbito de la Ley reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del mismo 24.040 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte actora interpuso, en fecha 12 de noviembre de 2004 este recurso respecto de los actos antes aludidos, admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dio traslado para 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 Orden del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de 1 de septiembre de 2004, 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 se impongan las sanciones en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad."

2.- 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."*

3.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, y, finalmente, mediante providencia de 8 de noviembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 17 de enero de 2006, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- 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. Sra. Doña M.A.S.T., Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de septiembre de 2004, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por Don R.P.A-C. y Don J.A.O –ahora recurrentes- contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22 de julio de 2003 por la que se impuso a dichos recurrentes las siguientes sanciones:

“a Don J.A.O. y a Don R.P.A-C., a cada uno de ellos:

a) Por la comisión de una infracción grave del art. 32.3 a) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por falta de remisión correcta de la información a que se refiere el art. 8 del mismo texto legal, multa de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS).

b) Por la comisión de una infracción grave tipificada en el art. 32.3 j) de la Ley 46/1984 de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por no actuar en interés de los partícipes en la gestión del F.M. FIM, multa de 6.010 (SEIS MIL DIEZ EUROS).”

En concreto la resolución impugnada considera cometidas las siguientes infracciones:

- a) Una infracción grave del art. 32.3 a) de la LIIC por irregularidades relacionadas con las obligaciones de información de la Gestora y, en concreto, al no haber sido comunicadas a la CNMV determinadas participaciones del F.M. FIM así como por haberse apreciado una serie de deficiencias en los informes trimestrales de dicho fondo así como el P. FIM.
- b) Una infracción grave del art. 32.3 j) de la LIIC por no actuar en interés de los partícipes en la gestión del F.M. FIM.

2.- Los recurrentes alegan en su demanda los siguientes motivos de impugnación:

- a) Ausencia de responsabilidad e improcedencia de las sanciones impuestas porque las deficiencias sancionadas no son imputables a los actores.
- b) Principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones.

3.- La ausencia de responsabilidad la fundan los recurrentes en que dichas infracciones no les son a ellos imputables sino a los anteriores miembros del Consejo de Administración de la Gestora ya que ellos tomaron posesión como Consejeros de la Sociedad G. el 28 de marzo de 2001, adoptando a partir de ese momento las medidas precisas para corregir las deficiencias que empezaban a descubrirse; y así, alegan, mediante Junta General Extraordinaria de la Sociedad, el 13 de diciembre de 2001, se acordó el cese de Doña P.F.F.S., como Consejera, revocándose los poderes otorgados mediante acuerdo del Consejo celebrado en esa misma fecha.

Insisten los recurrentes en que su actuación no puede calificarse de dolosa, ni tampoco de culposa o negligencia, ya que llevaron a cabo un comportamiento diligente y eficaz al

objeto de subsanar las irregularidades una vez que fueron detectadas. En este sentido invocan el art. 15 de la Ley 26/1988, que excluye la responsabilidad de los administradores cuando quienes formen parte del órgano colegiado no hubieran asistido a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones y, así mismo, cuando *“las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados u otras personas con funciones en la entidad”*. Pero es lo cierto, que frente a lo manifestado en la demanda, los hechos objeto del expediente sancionador del caso se refieren a un periodo (la visita de seguimiento realizada a la entidad G., SGIIIC, SA por la Dirección de Supervisión de la CNMV tuvo lugar el 31 de agosto de 2001) cuando eran miembros del Consejo de Administración de la entidad, además de Doña P.F.F., también sancionada, los ahora recurrentes y, por ello, el expediente fue incoado correctamente a los miembros del Consejo de Administración que lo eran a 31 de agosto de 2001, quienes además detentaban dicha condición desde el 28 de marzo de 2001 que tomaron posesión de sus respectivos cargos.

El hecho de que alguna de las infracciones que dieron lugar a la imposición de las sanciones del caso pudieran tener, en efecto, su origen en fechas anteriores a las que el Consejo de Administración estuviera constituido por personas distintas a los ahora recurrentes no exime de la responsabilidad a los mismos por los hechos imputados ya que la legislación societaria impone a los administradores la obligación de llevar a cabo los actos necesarios que sean de su incumbencia para asegurar la correcta marcha de la sociedad. En este sentido, como la Sala tiene declarado en reiteradas ocasiones, las normas de la legislación societaria obligan a los administradores a adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión de la sociedad y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley.

Así, pues, los administradores de las sociedades mercantiles, desde el mismo momento de la aceptación de su cargo, están obligados a cumplir con una serie de deberes inherentes al mismo, teniendo incluso el deber de instar la disolución de la sociedad cuando concurren las circunstancias necesarias para ello incurriendo, con arreglo al artículo 262.5 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, en responsabilidad solidaria de las obligaciones sociales de la entidad que administran, si concurriendo causa de disolución no convocan junta general en el plazo previsto en dicho precepto. De ahí que los ahora recurrentes son responsables de las infracciones que se les imputan en términos objetivos, en la medida en que por su acción u omisión, la entidad G. SGIIIC, S.A., ha infringido normas de imperativo cumplimiento, como correctamente entendiera la resolución impugnada, tanto en relación con las obligaciones de información de la Gestora como en lo relativo a los hechos relacionados con la actuación en interés de los partícipes del F.M. FIM, con independencia de la responsabilidad de los anteriores consejeros.

Por lo demás la Sala ya ha dictado sentencia el 1 de septiembre de 2005 en el Recurso nº 41/2004 interpuesto por G. S.G.I.I.C., S.A. desestimando las pretensiones de anulación de la sanción impuesta por la comisión de una infracción muy grave a dicha entidad.

En efecto allí se dijo:

“2. 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 tanto, han de ser aceptados plenamente por la Sala:

1) La gestora recurrente fue inscrita en el registro administrativo correspondiente de la CNMV el 11 de septiembre de 1996, teniendo su domicilio social en la calle La Rábida 27, 2ª planta, de 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 una participación del 74,5% correspondiendo el 25,5% restante a Don J.L.M.Ch. (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 el Sr. F-F. rebaja su participación al 25%, el capital de la Gestora se encuentra distribuido de la siguiente forma:

<u>Tanto por ciento participación</u>	
Don J.A.O.	37,5%
Don A.G.S.	37,5%
Don F.F-F.F.	25%
TOTAL	100%

2º) G. 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 concreto F.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 Doña 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 las 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 F.M. FIM. Además, el 14,95% de las participaciones de este fondo son propiedad de clientes gestionados por Gerencia de Valores SGC 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 la SGC.

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

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

4º) Según la información obtenida del 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 anuales 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 de 1999 contrató un depósito a 10 años con Deutsche Bank AG, que a 31 de agosto de 2001 supone un 29% del patrimonio.

3. 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 los 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 mínima de los artículos 10 y 18 cuando no deba calificarse como infracción grave".

4.- Y por lo que se refiere la infracción del principio de proporcionalidad, tampoco la Sala puede aceptar la pretensión de los actores toda vez que, frente a lo que por ellos se alega, la resolución sancionadora sí que motiva la procedencia del importe de la multa impuesta y pondera las circunstancias concurrentes, particularmente, para matizar la gravedad de las sanciones a imponer, las circunstancias atenuantes previstas en el art. 14 de la Ley 26/1988 de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito que señala los criterios de ponderación a tener en cuenta. Así se han aplicado, con arreglo a dicho precepto, las circunstancias de las letras b) d) y f) de mencionado art. 14.1 al señalar que *“se han tenido en consideración como circunstancias atenuantes la escasa magnitud del perjuicio causado, la escasa importancia de G., ateniendo al nivel de sus recursos propios, y el hecho de haber terminado adoptando medidas pertinentes para la subsanación de las infracciones”, imponiéndose, con arreglo a dichos criterios, unas sanciones (dos multas de 6.010 euros a cada uno de los recurrentes) que la Sala, por ello, ha de ratificar al haber sido impuestas en el tramo más bajo de la escala sancionadora.*

5.- De todo lo anterior se 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 J.A.O. y Don R.P.A.-C. contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 1 de septiembre de 2004, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada 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 de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.