

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE DICIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 217/05
Ponente: Dª. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 2005 que confirma en reposición Resolución del mismo Ministerio de 30 de septiembre de 2004
Fallo: Estimatorio

Madrid, a veintidós de diciembre 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 217/05, se tramita a instancia de Don E.M.M., Don J.R.F., Don N.S.C., Don T.R.A., Don M.A.S. y Don M.R., representados por la Procuradora Dña. I.A.R., contra resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2005, sobre sanciones de la Comisión Nacional 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 10.000 euros.

ANTEDECENTES DE HECHO

1.- La parte actora interpuso, en fecha 13 de enero de 2006, este recurso respecto de los actos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado 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 teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por formalizada demanda contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 2005 (que resolvió en sentido desestimatorio el recurso interpuesto por “G.F., S.A., SGIIIC”, y por mis representados contra la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 2004, que puso fin al expediente sancionador incoado en virtud de acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de junio de 2004, a mis representados, a “G.F., S.A., SGIIIC” y a “Banco F., S.A.”, y que impuso a cada uno de mis representados, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, multa por importe de 10.000 euros), y que, tras los trámites legales pertinentes, dicte sentencia por la que declare no ser conforme a Derecho y anule la Resolución recurrida. Fijándose como cuantía 10.000 euros.”*

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: *“se sirva admitir el presente escrito con sus copias y en su virtud tener por contestada la demanda en tiempo y forma, tramitar legalmente el recurso y en su día dictar Sentencia desestimándolo y confirmando la resolución impugnada íntegramente, imponiendo las costas a los actores”.*

3.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba del recurso siguió el trámite de Conclusiones, a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, tras lo cual, y finalmente, mediante providencia de 13 de noviembre de 2006 se señaló para votación y fallo el día 12 de diciembre 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. D^a. María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda por la que, resolviendo el expediente sancionador incoado a "G.F., S.A., SGIIIC" y a los miembros de su Consejo de Administración, a su Director General y a "Banco F., S.A.", acuerda:

"Imponer a "G.F., S.A., SGIIIC" por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA de 75.000 (SETENTA Y CINCO MIL) euros.

Imponer a los miembros del Consejo de Administración y al Director General de "G.F., S.A., SGIIIC.", las siguientes sanciones:

Al consejero Don E.M., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euros.

Al consejero Don J.R.F., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euro.

Al consejero Don N.S.C., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euros.

Al consejero Don T.R.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euros.

Al consejero Don M.A.S., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euros.

Al Director General Don M.R., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la inversión del patrimonio de "F.E.H.Y., F.I.M.", en activos distintos de los autorizados legalmente para la Institución, MULTA por importe de 10.000 (DIEZ MIL) euros.

2.- Los recurrentes, miembros del Consejo de Administración y Director General, respectivamente de "G.F., S.A., SGIC" plantean en su demanda conjunta los mismos argumentos que se han esgrimido en la demanda presentada en el recurso número 223/2005, este último seguido a instancias de la referida Sociedad Gestora y que ya han merecido la acogida de la Sala, según hemos tenido ocasión de decir en sentencia dictada en el día de la fecha en la que hemos decidido estimar el precitado recurso número 223/2005 y anular la sanción impuesta a "G.F., S.A., SGIC" por lo que, consecuentemente, obligado resulta estimar también el presente recurso en el que ha venido sustanciándose la responsabilidad de dichos consejeros y director general de la Gestora a quien, como decimos, la Sala ha considerado no culpable de la infracción por la que había sido sancionada por la Administración (infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, Reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva).

3.- En efecto en la sentencia recaída en el recurso número 223/2005 acabamos de decir:

"En primer lugar hemos de señalar que el artículo 17 del RIIC exige respecto del mercado extranjero que sea un mercado de funcionamiento regular, que se encuentre supervisado por la autoridad del Estado y que las reglas de funcionamiento sean similares a las exigidas por la normativa española. La Administración afirma que el primero y segundo de los requisitos se cumplen, no así el tercero en relación a las reglas sobre transparencia, ya que no se difunde información sobre precios y volúmenes, aunque no se niegan que se cumpla en relación con los restantes aspectos.

El artículo 32.4 b) de la Ley 46/1984 de IIC tipifica como infracción muy grave 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, participes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración, según el apartado b), la inversión en cualesquiera activos distintos de los autorizados legalmente.

La actora centra su defensa en la falta de culpabilidad ya que los valores fueron gestionados por Lizard y en la adecuación del mercado en el que se realizó la inversión.

Antes de entrar en el análisis de la cuestión que se nos somete hemos de señalar que no hay controversia sobre la aplicación retroactiva de la Ley 35/2003 en cuanto a la tipificación de la conducta puesto que dados los términos del artículo 80 b) no es norma más beneficiosa.

Analizaremos en primer término el contenido del artículo aplicado.

No es cierta la afirmación contenida en la Resolución de la CNMV confirmada por la recurrida, en cuanto que es posible en Derecho Administrativo Sancionador castigar conductas con independencia del peligro o lesión del bien jurídico protegido, a diferencia del

Derecho Penal en el que se exige el daño a dicho bien. En primer lugar porque el Derecho Penal tipifica conductas de peligro abstracto o concreto, por lo que ninguna diferencia en esta cuestión se plantea entre ambas ramas del Derecho Sancionador. En cuanto a la exigencia de puesta en peligro o lesión del bien jurídico protegido en Derecho Administrativo Sancionador, vendrá determinada por la construcción del tipo infractor.

El artículo 32.4 exige la puesta en gravísimo peligro o lesión muy grave de los intereses de los accionistas, participes o terceros que constituyen el bien jurídico protegido. Ello es así por la propia dicción del precepto. A continuación se citan las conductas que pueden causar el señalado peligro o lesión, entre las que se encuentran la inversión en mercados no autorizados legalmente. Es claro que las conductas enunciadas se entienden por el legislador que son susceptibles de causar el peligro o lesión, pero la materialidad de tal conducta ha de analizarse desde la gravedad del peligro o lesión, en el sentido en que han de reunir aptitud objetiva para causarlos, ya sea al menos en una valoración abstracta de la potencialidad dañina de la conducta.

En el presente caso, como hemos señalado anteriormente, el mercado en el que se negocian los valores extranjeros que dieron origen a la sanción, reúne claramente dos de los tres requisitos exigidos por las normas jurídicas españolas, ser un mercado de funcionamiento regular y ser supervisado por la autoridad del Estado. Esta supervisión es relevante en cuanto tiende a proteger los intereses de los accionistas, participes y terceros mediante la observación del correcto funcionamiento del mercado. Por ello este requisito es muy destacable a los efectos de la tipificación de la conducta. El requisito que se incumple es el relativo a las reglas de funcionamiento del mercado que han de ser similares a las españolas, en lo que se refiere a la transparencia, no en relación a los restantes aspectos regulados del mercado.

Debemos pues resaltar, de una parte, que la entidad estatal de supervisión supone una clara garantía en la protección de los intereses de los inversores, y de otra, que el precepto exige la similitud entre las normas de aplicación en el mercado extranjero y las españolas, no la identidad de las mismas.

(...)

Veamos ahora la cuestión de la culpabilidad de la actora.

Hemos reiterado, siguiendo una consolidada doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, que el elemento subjetivo de culpabilidad, en sus grados de dolo o intencionalidad y culpa o negligencia han de concurrir para poder exigir responsabilidad infractora en Derecho Administrativo Sancionador, pues no es aceptable una responsabilidad objetiva basada en el resultado y desconectada del elemento culpabilidad.

En este caso, la recurrente se ampara, de una parte, en que fue una entidad ajena a ella la que gestionó, con autorización de la CNMV, los valores discutidos; y, de otra parte, que realizó una interpretación razonable de la norma cuando entendió que el mercado de eurobonos se ajustaba a las exigencias de la legislación española.

En relación al primer aspecto, aunque no carente totalmente de fundamento, encuentra el escollo de la exigencia de una responsabilidad in vigilando aunque la misma no se recogiera expresamente en las normas de aplicación hasta la Ley 35/2003, ya que esta es una

forma de culpabilidad propia del Derecho Penal y Administrativo Sancionador, aunque no se configure expresamente en la Ley.

Pero más interesante que la anterior alegación lo es, para la resolución del presente recurso, la relativa a la interpretación razonable de la norma. Hemos dicho que se cumplían dos de los tres requisitos exigidos, y respecto al incumplido solo en cuanto a la transparencia. Se decía también que el requisito se exige en cuanto a la similitud de las normas de aplicación, no identidad de las mismas. Así las cosas, es una interpretación razonable, que no significa por ello aceptable, que la actora entendiese que el mercado en cuestión cumplía con los requerimientos de la legislación española, más si tenemos en cuenta que la finalidad de los requisitos viene articulada desde el principio de protección de los intereses de los inversores, y en el presente caso el mercado se encontraba bajo la supervisión de la autoridad estatal. Si a ello unimos el hecho de que la norma exige similitudes en la regulación de los mercados y no identidad respecto de la regulación española, podía bien entenderse que una desviación en cuanto a normas de transparencia, extendiendo supervisión estatal, no incidía lo suficiente para convertir el mercado en inidóneo para la inversión.

Es admisible que la CNMV pudiera hacer una valoración diferente de las circunstancias concurrentes, pero, en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, antes del ejercicio de las potestades sancionadoras, es necesario aclarar cuestiones jurídicas que objetivamente pueden inducir a error a los interesados, delimitando en primer término si el mercado era apto, y de llegar a la conclusión contraria, requerir para su abandono a la entidad gestora del fondo, dando un plazo al efecto que sea factible para tal finalidad.

Pues bien, la razonabilidad en la interpretación jurídica impide que podamos apreciar la concurrencia del elemento subjetivo de culpabilidad en el que la exigencia de responsabilidad infractora ha de basarse. La CNMV no se pronunció sobre la inidoneidad de un mercado respecto del cual podía sostenerse lo contrario de manera fundada, previamente a ejercer las facultades sancionadoras. No existía pues una aclaración en la interpretación y aplicación de unas normas que no resultaban incuestionadas dado el contenido de las mismas en la circunstancias fácticas concurrentes.

Al no apreciar la existencia de elemento de culpa en la conducta, debemos declarar no proceder la imposición de sanción, y con ello anular el acto impugnado”.

En definitiva, la falta de culpabilidad apreciada sobre la base de una interpretación razonable de las normas por parte de “G.F., S.A., SGIIC” ha de conllevar también la falta de responsabilidad de sus Consejeros y Director General con la consiguiente estimación del recurso.

4.- De todo lo anterior deriva la procedencia de estimar el presente recurso con la paralela anulación de la resolución impugnada por su disconformidad 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:

ESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal del Don E.M., Don J.R.F., Don N.S.C., Don T.R.A., Don M.A.S y Don M. R., contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2005 a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, anular la resolución impugnada por su disconformidad a Derecho, con sus inherentes consecuencias legales.

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.