

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE NOVIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 352/04
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de julio de 2004
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a 10 noviembre 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 352/2004, se tramita, a instancias de "U.G., SGIIIC, S.A.", representada por el Procurador Don A.M.P., contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de julio de 2004, sobre infracción muy grave de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de 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 150.253 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "U.G., SGIIIC, S.A." interpuesto recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito presentado en 29 de julio de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 2 de septiembre de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 3 de noviembre de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don .José María del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de julio de 2004, por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a "U.G., SGIIIC, S.A.", parte actora en este recurso, por infracción grave de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC).

La Orden impugnada en su parte dispositiva acuerda:

- Imponer a "U.G., SGIIC, S.A.", por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra m) del apartado 4 del artículo 32 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, consistente en haber incumplido la política de inversión de "U.D. FIAMM" fijada en su folleto informativo, al haber adquirido para el mismo unos activos emitidos por un emisor que carecía de calidad crediticia alguna, una multa por importe de 150.253 euros (CIENTO CINCUENTA MIL DOSCIENTOS CINCUENTA Y TRES EUROS) y amonestación pública.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) el emisor de los valores o notas que adquirió "U.G. SGIIC, S.A.", denominadas Earls Tour Secured Notes, Serie 543, fue la sociedad Earls Tour Ltd, que es una sociedad instrumental de Deutsche Bank, radicada en las Islas Caimán, y en las emisiones realizadas por sociedades instrumentales no tiene sentido tener en cuenta el domicilio del emisor a efectos de determinar el cumplimiento de los posibles requisitos geográficos que se hayan impuesto a las inversiones, b) la Resolución impugnada confunde calidad crediticia y calificación crediticia, pues lo cierto es que en el Folleto de "U.D." no hay ninguna exigencia de que las inversiones tengan calificación crediticia, c) es incorrecta la calificación de la infracción como muy grave, pues no concurren los requisitos de quebranto de la legislación, ni de gravísimo peligro o lesión muy grave, exigidos, por lo que –si acaso- la infracción debería calificarse como leve.

El Abogado del Estado contesta que los hechos no son objeto de discusión, centrándose el recurso en su valoración, que debe ser la de infracción muy grave, a la vista del incumplimiento del requisito de la calidad crediticia de la inversión y de que una inversión del 2,2% del patrimonio del Fondo en activos no conformes en su política de inversión ha de considerarse que pone en gravísimo riesgo los intereses de los partícipes.

TERCERO.- Como indica el Abogado del Estado, no existe debate o discusión en torno a los hechos, sino que la discrepancia de las partes aparece en el momento de su valoración jurídica.

Son hechos que debemos tener presentes para resolver este recurso:

- 1) La demandante, "U.G., SGIIC, S.A.", es una sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva, inscrita en el Registro Oficial desde el 12 de noviembre de 1985, que gestiona diversas instituciones de inversión colectiva, una de ellas –a la que se refiere el presente recurso- denominada "U.D. FIAMM".

El Folleto de "U.D. FIAMM" (folios 15 a 18 del expediente), establece en el apartado IV), sobre su política de inversión, que la selección de los valores y mercados se hará en función de su situación, procurando en todo momento seleccionar valores y activos de la máxima solvencia, garantía y liquidez. Añade el Folleto de "U.D. FIAMM", en el mismo apartado IV):

De acuerdo con su vocación inversora, el Fondo invierte su patrimonio, dentro del mercado nacional, en activos monetarios, Letras del Tesoro, repos de Deuda, pagarés de empresa y renta fija privada de emisores de elevada calidad crediticia, de la máxima solvencia, garantía y liquidez, con vencimiento inferior a 18 meses, estableciéndose el horizonte temporal del Fondo en el corto plazo (en torno a 6 meses).

Asimismo puede invertir en renta fija internacional pública y privada de emisores de elevada calidad crediticia, fundamentalmente de la zona euro y hasta un 5% en los principales países de la OCDE, entre los que se puede citar a título orientativo EEUU, Canadá y Suecia, entre otros.

- 2) En septiembre de 2001 "U.G. SGIIC, S.A.", adquirió para el Fondo "U.D. FIAMM", un valor denominado "Earls Four Secured Notes Serie 543", consistente en una nota de renta fija cuya única garantía y rendimiento financiero dependían de la evolución de los títulos de deuda y demás créditos contra Enron Corp., que había sido emitidos por Earls Tour Limited, sociedad instrumental del grupo Deutsche Bank, radicada en las Islas Caiman.
- 3) El importe total invertido en la adquisición de los citados valores por "U.G. SGIIC, S.A.," para el Fondo "U.D. FIAMM" fue de 2.750.000, lo que equivale al 2,2% del patrimonio del Fondo.
- 4) Como consecuencia de la quiebra de Enron en diciembre de 2001, Fondo "U.D. FIAMM" sufrió una pérdida de alrededor del 85% de la citada inversión, esto es, unos 2.300.000 euros, equivalente al 1,8% del patrimonio del Fondo el momento de materializarse la pérdida, contando el Fondo en dicho momento con 6.300 partícipes.

CUARTO.- La Resolución sancionadora imputa a la sociedad demandante haber vulnerado, con gravísimo riesgo o lesión muy grave de los intereses de los partícipes, la política de inversión del Fondo "U.D. FIAMM", tal y como viene definida en su folleto informativo, que la sujeta a determinadas condiciones, relativas a la calidad de la emisión y del emisor.

La parte demandante considera que no se ha producido incumplimiento alguno, y dedica el primer apartado de sus alegaciones a efectuar diversas consideraciones sobre la falta de trascendencia de la residencia del emisor, en el caso de emisiones realizadas por sociedades instrumentales. Sin embargo, la cuestión de la relevancia de la residencia del emisor planteada por el actor no afecta a la existencia del incumplimiento, sino en todo caso a la calificación de su gravedad.

El folleto informativo establece que el Fondo "U.D. FIAMM" puede hacer inversiones en renta fija internacional pública y privada "... de emisores..." de elevada calidad crediticia, fundamentalmente de la zona euro, y hasta un 5% en los principales países de la OCDE. Como vemos, el folleto se refiere –con toda claridad- a "emisores", sin ninguna excepción o matización para el caso de sociedades instrumentales, de manera que en este caso, en el que no hay duda de que el emisor era la sociedad Earls Tour Limited, ni de que su domicilio radicaba en Islas Caiman, la conclusión no puede ser sino que "U.G. SGIIC, S.A.",

incumplió el folleto informativo del Fondo "U.D. FIAMM", al invertir parte de su patrimonio en unas notas o valores de un emisor que ni era de la zona euro, ni de uno de los principales países de la OCDE.

El mismo incumplimiento existe respecto de la condición de la "*elevada calidad crediticia*", que no puede predicarse de unas notas emitidas por una entidad con domicilio en las Islas Caimán, que carecían de calificación alguna por empresas de rating, y cuyo subyacente eran unos valores de Enron que no fueron específicamente identificados en el momento de la emisión. La Sala entiende que no existe en la Resolución impugnada confusión alguna entre los conceptos de calidad crediticia y calificación otorgada al crédito por alguna de las empresas de rating o de calificación crediticia, como pretende la demanda, sino que la Resolución impugnada afirma el incumplimiento de la condición de la "*elevada calidad crediticia*" exigida para las inversiones en renta fija internacional pública y privada por el folleto de Fondo "U.D. FIAMM", por las razones que hemos expuesto, siendo la falta de calificación de la emisión realizada por Earls Tour Limited por las principales empresas de rating una circunstancia o argumento más acreditativo de la realización por la demandante de una conducta de inversión en renta fija internacional emitida por una entidad que carecía de elevada calidad crediticia, incurriendo de esta manera en el incumplimiento de la política de inversión a que estaba obligada por el folleto informativo del Fondo "U.D. FIAMM".

QUINTO.- La Resolución impugnada califica los hechos como infracción muy grave del artículo 32.4.m) de la LIIC, lo que también discute la parte actora, que considera que los hechos deben calificarse –si acaso– como infracción leve del artículo 32.2.f) LIIC.

El artículo 32 sanciona en sus números 2, letra f), 3 letra j) y 4 letra m) tres conductas de incumplimiento de las demás obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley, en la Ley de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en disposiciones reglamentarias o en los Estatutos o reglamentos de gestión de las Instituciones, ordenando los tres apartados estar a la naturaleza del incumplimiento para calificar la infracción como leve, grave y muy grave.

El mismo precepto, en la definición de las infracciones como leves, graves y muy graves, establece lo siguiente:

- a) Son infracciones leves (artículo 32.2 LIIC) los hechos que impliquen meros retrasos en el cumplimiento de obligaciones de carácter formal o incumplimiento de escasa trascendencia de normas de carácter sustantivo, siempre que no lesionen o lo hicieren levemente, los intereses de los accionistas partícipes o terceros.
- b) Son infracciones graves (artículo 32.3 LIIC) aquellas que signifiquen incumplimiento de obligaciones formales o de normas de carácter sustantivo cuando la acción y omisión ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros.
- c) Son infracciones muy graves (artículo 32.4 LIIC) 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.

SEXTO.- La diferencia entre la infracción grave y muy grave, de los apartados 3 y 4 del artículo 32 LIIIC, se encuentra no únicamente en la exigencia de peligro cierto y grave o lesión grave en la primera y gravísimo peligro o lesión muy grave en la segunda, sino que –además- la descripción de las faltas muy graves exige, en las propias palabras del artículo 32.4 LIIIC antes transcrito, que las acciones u omisiones se produzcan “... *quebrantando la legislación...*”, exigencia que no aparece en el tipo de las infracciones graves.

Como hemos repetido, la infracción que la Resolución sancionadora imputa a la entidad actora consiste en haber incumplido la política de inversión de “U.D. FIAMM” fijada en su folleto informativo, y es claro que el folleto informativo de un Fondo de Inversión no integra el concepto de “*legislación*”, por muy amplio que sea el sentido que demos a dicha expresión.

Tenemos en cuenta, en este momento, el Informe del Servicio Jurídico de la propia CNMV, al que se refiere la demanda y que obra en el expediente (folios 239 a 242), sobre la adquisición de pagarés emitidos por Earls Tour Ltd. por parte de Instituciones de Inversión Colectiva, que en sus conclusiones afirma que la adquisición de tales pagarés constituye una inversión sobre un activo apto para los FIAMM y añade – literalmente- que “... no existe ninguna norma, legal o reglamentaria, en materia de inversiones por parte de las instituciones de inversión colectiva que pueda considerarse incumplida...” De acuerdo, pues, con la opinión del propio servicio jurídico de la CNMV, no puede afirmarse la existencia, en este caso, de “quebranto de la legislación”, como exige el artículo 32, apartado 4, LIIIC para calificar una infracción como muy grave.

Por lo anterior la Sala considera que los hechos declarados probados en la Resolución impugnada no son merecedores de la calificación como infracción muy grave, sino que la calificación procedente es la de infracción grave del artículo 32.3, letra j) LIIIC.

A las razones que apoyan dicha calificación como falta grave, que ya hemos expuesto, añadimos –a mayor abundamiento- que tampoco el Comité Consultivo de la CNMV considera que nos encontremos ante una falta muy grave. En efecto, la propuesta de resolución del expediente fue remitida para informe no vinculante al Comité Consultivo, que en su reunión de 28 de abril de 2004 se pronunció sobre los hechos en la forma siguiente: a) 6 miembros consideraron que la infracción era muy grave, al haberse causado un quebranto de 2.300.000 euros al fondo, b) 7 miembros estimaron que no concurrían circunstancias para apreciar la existencia de infracción muy grave, por no causar una lesión muy grave a los partícipes, sino tan sólo grave, al poner en relación el quebranto producido con el patrimonio total del fondo, y por ello debe calificarse la infracción como grave e imponer la sanción correspondiente en su grado medio, y c) 1 miembro mantuvo la opinión de que la conducta no está tipificada como conducta sancionable o, en todo caso, es merecedora de sanción por infracción leve. En consecuencia, el Comité acordó por mayoría informar desfavorablemente la calificación de los hechos como infracción muy grave.

SÉPTIMO.- Para las infracciones graves, al artículo 32.5, letra b) establece la sanción de amonestación pública –al igual que para las infracciones muy graves- y fija como extensión máxima de la sanción de multa la cantidad de 60.101,21 euros.

Debemos, en consecuencia, mantener la sanción de amonestación pública como consecuencia de la comisión de una infracción grave. Respecto de la sanción de multa, debemos reducirla a los límites previstos para las sanciones graves, y dentro de dicha limitación, la Sala considera procedente la imposición la sanción de multa en su grado medio, esto es, en la cantidad de 30.050,60 euros, haciendo nuestros los argumentos de la Resolución impugnada relativos a la importancia de los daños producidos a los partícipes, obviamente dentro de la calificación de los hechos como infracción grave, por razón de las pérdidas que ocasionaron, de 2.300.000 euros, equivalentes a un 1,8% del patrimonio del fondo, con perjuicios a 6.300 partícipes.

OCTAVO.- 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 Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "U.G., SGIC, S.A.", contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, que anulamos, calificando los hechos como constitutivos de una infracción grave del artículo 32.3, letra j) de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, con imposición de una sanción de multa de 30.050,60 euros, y manteniendo la resolución impugnada en los demás extremos.

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.