

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE DICIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 502/04
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de septiembre de 2004 que confirma enalzada Resolución de la CNMV de 22 de julio de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 15 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 502/2004, se tramita, a instancia de Dña. P.F.F.S., representada por la Procuradora Dña. S.A.G., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de septiembre de 2004 (referencia RA 2003001555), sobre sanciones por infracciones de las Leyes del Mercado de Valores y 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 51.085 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 12 de noviembre de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 17 de noviembre 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 autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 5 de diciembre 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 Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de septiembre de 2004, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por Dña. P.F.F.S., hoy parte actora, contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de fecha 22 de julio de 2003.

La citada Resolución de la CNMV de 22/07/2003 recayó en un expediente sancionador incoado a la entidad "G., SGIIC, S.A.", y a los miembros de su Consejo de Administración Dña. P.F.F.S., y dos personas más, por diversas infracciones tipificadas en las Leyes 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) y 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

Las sanciones que la Resolución de la CNMV de 22/07/2003 impone en su parte dispositiva a Dña. P.F.F.S., son las siguientes:

- a) Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 n) de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por infracción de normas de conducta, multa de 30.050 euros.*
- b) Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3 a) de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por falta de remisión en forma correcta de la información a que se refiere el artículo 8 del mismo texto legal, multa de 12.020 euros.*
- c) Por la comisión de infracción grave del artículo 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 fondo "M., FIM", multa de 9.015 euros.*

SEGUNDO.- La parte actora alegó en su demanda: 1º) nulidad de las resoluciones impugnadas por vulneración de los derechos fundamentales de la recurrente a utilizar los medios pertinentes de prueba para su defensa, a la tutela judicial efectiva y a no sufrir indefensión, por la indebida denegación de la práctica de pruebas solicitadas, 2º) indebida aplicación del apartado 3 del artículo 32 de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, 3º) inexistencia de la infracción grave tipificada en el artículo 100 de la ley del Mercado de Valores, 4º) inexistencia de infracción grave del artículo 32.3 a) de la ley 46/1984, 5º) inexistencia de infracción grave tipificada en el artículo 32.3. j) de la ley 46/1984 y 6º) agravio comparativo en la fijación del contenido económico de las sanciones pecuniarias impuestas y vulneración del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contestó que las pruebas propuestas por la recurrente eran improcedentes y, en todo caso, no existe la indefensión que se alega, el peligro o lesión, así como su gravedad, están plenamente acreditados en el expediente, consistentes en el hecho de que dos instituciones sean gestionadas por la misma gestora y una de ellas soporte comisiones de intermediación superiores, obteniendo siempre peores condiciones a la del otro fondo, la existencia de las infracciones está acreditada en el expediente y las sanciones impuestas son proporcionales a la gravedad de las infracciones, teniéndose en cuenta además el distinto grado de responsabilidad de cada una de los administradores.

TERCERO.- La primera de las cuestiones que plantea la demanda es la relativa a la denegación de las pruebas propuestas por la recurrente en su escrito de alegaciones al Pliego de Cargos, que considera causante de indefensión. La demandante solicitó en su escrito de alegaciones al Pliego de Cargos, registrado de entrada en la CNMV el 05/11/2002 (folios 600 a 620 del expediente), la práctica de 5 diligencias de prueba, entre las que se encontraban las dos siguientes:

- a) La visita de los Sres. Instructores a las oficinas a la entidad, con citación de la demandante, para estar presente en la misma y poder facilitar la documentación pertinente y aclarar cuantos extremos sean necesarios en relación a las cuestiones suscitadas en la visita de supervisión origen de estas actuaciones.
- b) Incorporar al presente expediente todas y cada una de las comunicaciones de declaración de participaciones significativas efectuadas por "G., SGILC" a la CNMV.

La CNMV se pronunció sobre la práctica de las diligencias de prueba en la Resolución de 5 de marzo de 2003 (folios 791 a 798 del expediente), que denegó la primera de las indicadas y aceptó con matices o limitaciones la práctica de la segunda, razonando y explicando los motivos de la decisión.

La primera diligencia de prueba solicitada consistía, como se ha dicho, en la visita de los instructores a las oficinas de "G., SGILC", con la presencia de la demandante, para que se les facilitara la documentación pertinente y pudiera la recurrente aclarar cuantos extremos sean necesarios en relación a las cuestiones suscitadas en la visita de supervisión origen de estas actuaciones. Las razones de la CNMV para la denegación de la prueba, que la Sala comparte, fueron que la demandante pretendía que la CNMV mediara o interviniera a fin de que los actuales administradores de la Compañía faciliten determinada documentación a la Sra. F.F., que, según ella, le era denegada.

En efecto, la demandante propone una diligencia de prueba, con la finalidad de obtener una documentación no aclarada y desconocida o sin identificar, que supone prácticamente la repetición de la visita de inspección realizada por la CNMV a "G., SGILC" en el último trimestre de 2001, pero esta vez con la presencia de la demandante, que señalaría a los inspectores la documentación que debía ser recabada de los actuales administradores de la sociedad gestora. No existe indefensión, pues no se deniega a la recurrente la unión al expediente de ningún documento o informe de utilidad para su defensa, sino se deniega una visita de inspección en busca de unos documentos que ni se citan por la recurrente ni se conocen siquiera en el momento de proposición de prueba. Buena prueba de que no existe indefensión es que la demandante ha dispuesto a lo largo del expediente de la oportunidad de aportar la documentación que tuvo por conveniente y de solicitar de la CNMV la aportación de aquella que no tuviera en su poder, y la CNMV aceptó, en la citada Resolución de 05/03/2003, las diligencias de prueba consistentes en incorporar al expediente los documentos concretos y determinados cuya remisión solicitó la actora.

En cuanto a la segunda de las diligencias de prueba que indica el recurrente que le fue desestimada, consistente en incorporar al expediente todas y cada una de las comunicaciones de declaración de participaciones significativas efectuadas por "G., SGILC" a la CNMV, lo cierto es que tal diligencia de prueba fue expresamente admitida por la CNMV, como resulta con claridad del punto 4º de la parte dispositiva de la Resolución citada del 05/03/2003, si bien la CNMV entendió con toda lógica que las comunicaciones que debían unirse al expediente no eran todas las efectuadas por "G., SGILC" a la CNMV, siendo únicamente las relacionadas con el Fondo "M., FIM", pues eran

las únicas relevantes ya que la sanción por omisiones en la información remitida acerca de participaciones significativas (la infracción grave del artículo 32.3j) LIIC) se refiere únicamente a dicho Fondo. Y en todo caso, la parte actora no indica en su demanda cuales son las comunicaciones solicitadas como prueba que la CNMV no aportó al expediente.

CUARTO.- La primera de las infracciones que la Resolución sancionadora de la CNMV imputa a la recurrente es la infracción grave del artículo 100, letra n) de la LMV que, en la redacción dada a la LMV por la ley 37/1998, de 16 de noviembre, consistía en *“...La infracción o el incumplimiento de las normas de conducta previstas en el Título VII cuando no constituyan infracción muy grave conforme al artículo anterior...”*

Los hechos en que se concreta la infracción o el incumplimiento de las normas de conducta que constituyen la infracción se detallan en los apartados 1 a 5, y fundamentalmente, 5.1 de los Hechos Probados de la Resolución sancionadora de la CNMV, y consistieron, en síntesis, en la falta de aplicación del Reglamento Interno de Conducta de la Gestora para la resolución de los conflictos de interés que concurren en la demandante, derivados de su presencia en el Consejo de Administración de “G., SGIIIC”, tanto en el período anterior a 28 de marzo de 2001 como en el nuevo Consejo a partir de dicha fecha y hasta su cese como Consejera, que fue inscrito en el Registro Mercantil el 22 de enero de 2002, y de sus funciones decisorias de las inversiones en el caso del fondo “M., FIM”, por un lado y de los poderes en sociedades y entidades pertenecientes a la familia F.F., por otro lado.

Son hechos declarados probados en la Resolución de la CNMV de 22 de julio de 2003, no impugnados por la demandante, que formó parte del Consejo de Administración de “G., SGIIIC”, como se ha dicho, con anterioridad al 28 de marzo de 2001, y también en el nuevo Consejo que inicia sus actividades en dicha fecha, como consecuencia de la nueva estructura accionarial, manteniéndose en tal cargo hasta su cese, inscrito en el Registro Mercantil el 22 de enero de 2002.

Hasta agosto de 2000 Don F.F.F.F., padre de la demandante, detentaba una participación del 74.5% en el capital social de “G., SGIIIC”, que asciende a 601.012,10 euros (100 millones de pesetas), que se reduce, a partir del 7 de febrero de 2001, al 25%.

Los hechos a que se refiere la Resolución sancionadora se comprobaron en la visita de seguimiento realizada por la Dirección General de Entidades del Mercado de Valores (Dirección de Supervisión) de la CNMV a la Gestora, sobre sus estados a 31 de agosto de 2001.

En dicho período “G., SGIIIC” gestionaba dos fondos de inversión, “M., FIM” y “P., FIM”, siendo tomadas las decisiones de cada fondo de forma independiente, en comités que se reunían semanalmente. El comité que tomaba las decisiones de inversión del fondo “M., FIM” estaba formado por –la demandante- Dña. P.F.F.S., y por Don F.F.F.F.

Por otro lado, a efectos de los conflictos de intereses a que antes hemos hecho referencia, la familia F.F., era propietaria, de forma directa o indirecta, a través de “C.I.M.B., S.A.”, sociedad admitida a cotización, de un 71,92 del Fondo “M., FIM”. La misma

demandante, además de gestionar dicho Fondo de forma directa, tal y como se ha dicho, también tenía poderes en "B.C., S.A.", y tenía poderes y era consejera de "G.V., SGC", entidades que pertenecían al 100% a la familia F.F.

QUINTO.- La Resolución de la CNMV detalla las operaciones de "M., FIM" con acciones de "C.I.M.B., S.A.", y de "E.Z., S.A.", en los períodos de 01/01/01 a 11/10/01, en el primer caso y 01/01/01 a 19/10/01 en el segundo caso, que se detallan en el apartado 5.1 de los hechos probados (página 9 a 14), que se tienen aquí por reproducidos. En las operaciones sobre acciones de "C.I.M.B., S.A.", las contrapartidas del Fondo son personas con vínculos familiares con la demandante, que además son clientes de "G.V., SGC", entidad que aparece como ordenante de sus operaciones, y en la que ya se ha dicho que la demandante ostenta el cargo de Consejera y tiene poderes de representación que le confieren capacidad de decisión.

Respecto de las operaciones que realiza "M., FIM" con acciones de "E.Z., S.A.", en el período indicado, se comprueba por la CNMV que en 87 sesiones "M., FIM" y "B.C., S.A.", que ya se ha dicho era una sociedad participada al 100% por la familia F.F., y de la que la demandante tenía poderes, realizan operaciones del mismo signo, en las que "M., FIM" sistemáticamente obtiene peores precios (en el 90% de los casos), cuantificándose la diferencia en 30.921,99 euros. "B.C., S.A." actuó en estas operaciones como cliente de gestión de carteras de "G.V., SGC".

También está acreditado que en dos ocasiones "B.C., S.A." actuó como contrapartida del Fondo, interponiéndose en la venta realizada por el Fondo y obteniendo un beneficio de 1.289,94 euros. En otras 20 sesiones durante el período analizado se realizan operaciones similares, en las que "M., FIM" realiza compras o ventas en las que se interpone "B.C., S.A.", con cantidades similares, aunque no iguales, obteniendo esta sistemáticamente beneficios que podría haber obtenido el Fondo si hubiera realizado la operación directamente. El beneficio estimado de tal operativa es de 8.160,21 euros.

En 39 ocasiones se comprueban operaciones en las que el Fondo compra y vende en el mismo día un número diferente de títulos sin un beneficio aparente, siendo en algunas ocasiones "B.C., S.A." la contrapartida de estas operaciones.

En 36 sesiones "M., FIM" y "C.I.M.B., S.A." realizan operaciones del mismo signo sobre acciones de "E.Z., S.A.", observándose que en un 69% de los casos "C.I.M.B., S.A." obtiene mejores precios que el Fondo. La cuantificación de la diferencia se estima en 4.771,75 euros.

En 58 sesiones tanto "M., FIM" como "E.Z., S.A." realizan operaciones del mismo signo sobre acciones de esta última, observándose que en un 34% de los casos esta última obtiene mejores precios. Se da la circunstancia de que "E.Z., S.A." tiene un contrato con "G.V., SGC" para la administración de su autocartera. La cuantificación de estas diferencias se estima en 4.314,68 euros.

SEXTO.- En las alegaciones relativas a esta infracción, la parte actora no invoca error en los anteriores hechos, en realidad ni siquiera niega la existencia y certeza de tales operaciones, sino que se limita a la genérica afirmación de que nunca ha intervenido en

operaciones de cualesquiera de las otras sociedades que se dicen integran el grupo, y que si existió un Código de Conducta, sin que se hayan producido nunca ninguna de las hipótesis contempladas en el Código de Conducta como situaciones de conflictos de interés.

Es cierto que "G., SGIIIC" contaba con un Reglamento Interno de Conducta, copia del cual obra en el expediente (folios 630 a 634 del expediente), si bien la infracción que se imputa a la recurrente, no obstante alguna imprecisión en algún pasaje de la Resolución sancionadora de la CNMV, no consistió en la falta de un Reglamento, sino en su no aplicación, como resulta claramente de la lectura del hecho probado 5.1.1.

En todo caso, lo decisivo es que el tipo infractor del artículo 100, letra n) LMV, exige la infracción o incumplimiento de las normas de conductas previstas en el Título VII de la propia ley. En dicho Título VII resulta del artículo 78 que las normas de conducta cuyo incumplimiento o infracción integran el tipo infractor son las contenidas en el mismo título VII de la LMV, los códigos de conducta que apruebe el Gobierno, o el Ministerio de Economía a propuesta de la CNMV y las normas de conducta contenidas en los reglamentos internos de las empresas de servicios de inversión y demás entidades sujetas a la LMV. Como veremos, la demandante ha incumplido las normas de conducta relativas a conflictos de interés establecidas por ley, Reglamentos del Gobierno y Reglamento de la propia sociedad gestora.

Como principio general, el artículo 79, letra b) LMV impone a las empresas de servicios de inversión la obligación de organizarse de forma que reduzcan al mínimo los conflictos de intereses y, en caso de conflicto, dar prioridad a los intereses de los clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos.

Por su parte, el artículo 7 del RD. 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la LIIC, establece:

1. Ni los Consejeros, Administradores o Directores de las Sociedades de Inversión Mobiliaria, ni las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva, ni los Consejeros Administradores o Directores de estas últimas podrán comprar ni vender para sí mismos, ni directamente ni por persona o Entidad interpuesta, aquellos elementos en que se concreten las inversiones financieras de las Instituciones de que se trate ni ningún otro elemento de sus activos. A estos efectos, se entenderá que la operación se realiza por persona o Entidad interpuesta cuando se ejecute por persona unida por vínculo de parentesco en línea directa o colateral, consanguínea o por afinidad, hasta el cuarto grado inclusive, por mandatarios o fiduciarios o por cualquier Sociedad en la que los citados Consejeros, Administradores, Directores o Entidades tengan, directa o indirectamente, un porcentaje igual o superior al 25 por 100 del capital o ejerzan en ella funciones que impliquen el ejercicio del poder de decisión.

2. Por excepción, los Consejeros, Administradores o Directores de las Sociedades de Inversión Mobiliaria y de las Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva podrán adquirir para sí los activos financieros contratados en los mercados a que se refiere el artículo 8º, siempre que el precio sea igual o superior al de contratación pública en el correspondiente día.

4. La Junta General de Accionistas de las Sociedades de Inversión podrá autorizar operaciones concretas de las mencionadas en el apartado 1 de este artículo.

5. El incumplimiento de las prohibiciones previstas en los números anteriores se sancionará en vía administrativa de acuerdo con lo establecido en la Ley 46/1984 y en este Reglamento, sin perjuicio de otras responsabilidades en que se hubiera podido incurrir.

Sin perjuicio de las anteriores normas de conducta legal y reglamentaria, el propio Reglamento Interno de Conducta de "G., SGIIIC" dedica su apartado 4º a los conflictos de interés y establece para los "destinatarios", esto es, para los miembros del Consejo de Administración y empleados que mantengan una relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, la obligación de

"...comunicar a "G., SGIIIC" los posibles conflictos de interés con la sociedad a que estén sometidos por sus relaciones familiares, su patrimonio personal o por cualquier otra causa. A estos efectos, y sin perjuicio de la obligación de comportamiento leal derivada de la normativa societaria y laboral, se considerará conflicto de intereses la realización de operaciones de cualquier clase sobre valores, cotizados o no, de entidades que se dediquen al mismo tipo de negocio que "G., SGIIIC"..."

Es claro para la Sala, a la vista de las relaciones de la demandante, miembro del Consejo de Administración de "G., SGIIIC", con las entidades "B.C., S.A." y "G.V., SGC" y de las operaciones que antes se han detallado, que existe un conflicto de interés de los descritos en las normas precitadas y que la demandante efectuó operaciones contrarias al artículo 7 del RD 1393/1990, así como dejó de aplicar el Reglamento Interno de Conducta de "G., SGIIIC", al no efectuar la comunicación a que el mismo se refiere, por lo que incurrió en la conducta descrita en el artículo 100, letra n) LMV de infracción de las normas de conducta.

SEPTIMO.- En segundo lugar, la demandante fue sancionada por la comisión de infracción grave del artículo 32.3.a) LIIIC, consistente en la falta de remisión en forma correcta de la información a que se refiere el artículo 8 del mismo texto legal.

Por su parte, el artículo 8 LIIIC, en su apartado 4º,

Las Instituciones de Inversión Colectiva deberán publicar en la forma que reglamentariamente se determine, para su difusión entre los socios, partícipes y público en general, un folleto, una memoria anual y cuatro informes trimestrales a fin de que sean públicamente conocidas todas las circunstancias cuya consideración pueda influir en la apreciación del valor del patrimonio, situación financiera, resultados y perspectivas de la Institución, así como de su regularidad jurídica, financiera y económica.

Las sociedades gestoras de Fondos de Inversión Mobiliaria y de los Fondos de Inversión en Activos del Mercado Monetario deberán hacer entrega a cada partícipe, con anterioridad a la suscripción de participaciones, de un ejemplar del folleto y de la última memoria anual e informe trimestral publicados. Asimismo, deberán las Gestoras remitir

al domicilio indicado por el partícipe los sucesivos informes trimestrales y memorias anuales que publique con respecto al Fondo, con carácter gratuito para el partícipe y hasta que éste pierda la condición de tal.

El folleto contendrá los Estatutos o el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva, según proceda, y se ajustará a lo previsto en el artículo 26 de la Ley del Mercado de Valores (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149 y 1781), siendo registrado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores con el alcance previsto en el artículo 89 de dicho texto legal (RCL 1988, 1644 y RCL 1989, 1149 y 1781). La Comisión mantendrá un registro de folletos informativos, memorias anuales e informes trimestrales de las Instituciones de Inversión Colectiva al que el público tendrá libre acceso.

La memoria anual contendrá, al menos, las especificaciones mínimas correspondientes a las de las Sociedades o Entidades cuyos títulos estén admitidos a cotización oficial, adaptándose su contenido a las peculiaridades de las Instituciones.

Los informes trimestrales comprenderán la información necesaria para actualizar el contenido de la memoria anual, y en especial el relativo al activo de la Institución, su financiación, ingresos y costes del período.

Son hechos declarados probados en la Resolución sancionadora de la CNMV, que la parte actora no discute y que la Sala hace suyos, que: 1) a 31 de agosto de 2001 en el Fondo "M., FIM" tenía "C.I.M.B., S.A." una participación del 31,88% (1.591.375,68 euros) y Don F.F.F.F., una participación del 26,94% (1.344.670,18 euros), sin que tales participaciones significativas se hubieran comunicado a la CNMV; 2) los informes trimestrales de "M., FIM", correspondientes al segundo trimestre de 2001, tenía las deficiencias de no identificar a la persona que se responsabiliza del mismo, el comportamiento del Fondo no sigue el esquema de la Circular 3/97, el informe de gestión no explica como se valora la renta fija, y no se indican los diferentes tramos que tiene la comisión del depositario, 3) la contabilidad de la Sociedad Gestora no refleja la imagen fiel de la misma a 31 de agosto de 2001, pues en el balance y cuenta de pérdidas y ganancias no se recoge la valoración actualizada de los activos en cartera, y en el balance se incluye un saldo en la cuenta construcciones, que incluye el importe de unas obras realizada en el antiguo domicilio social por importe de 31.255,12 euros, que debía registrarse como gasto del ejercicio y 4) la sociedad gestora no informa en el estado reservado G03 (inventario de la Cartera), correspondiente a 30/06/01 de las operaciones de compraventa de 113.835 títulos de acciones de "E.Z., S.A." realizadas entre el 01/01/01 al 08/03/01, por importe de 197.000 euros y en el estado reservado G05 se informa de un contrato de comercialización firmado con Mercados y Gestión de Valores AV, S.A., cuando en la visita de seguimiento efectuada por la CNMV se comprobó que tal contrato no existe.

De tal infracción se consideraron responsables tanto la sociedad "G., SGLIC", como a tres miembros de su Consejo de Administración, uno de ellos la recurrente.

La demandante no niega la falta de remisión en forma correcta de la información a que se refiere la CNMV, salvo en el caso de las participaciones significativas que dice que fueron comunicadas, considera también que las deficiencias en la información remitida a

la CNMV, correspondiente al segundo trimestre de 2001, debe imputarse al Director General Sr. F., y que no pueden imputársele los defectos en la contabilización pues se opuso a la aprobación de las cuentas.

La demanda alega que se efectuaron comunicaciones a la CNMV, declarando participaciones significativas en el Fondo "M., FIM", pero la prueba practicada en estos autos sobre este extremo demuestra que es cierto el hecho afirmado en la Resolución sancionadora de la CNMV de que no se comunicaron a la CNMV las participaciones significativas a 31 de agosto de 2001 en el Fondo "M., FIM" de "C.I.M.B., S.A." (una participación del 31,88%, equivalente a 1.591.375,68 euros) y de Don F.F.F.F., (una participación del 26,94 euros, equivalente a 1.344.670,18 euros).

Consta en el ramo de prueba de la demandante el escrito de la CNMV, de fecha de salida 10/01/2006, que acompaña las copias de las comunicaciones efectuadas por "G., SGIIIC" de participaciones significativas del Fondo "M., FIM", y cuya aportación al recurso solicitó expresamente la parte actora. Dejando de lado las comunicaciones de fechas anteriores al año 2001, que no son de interés al presente recurso, resulta que las comunicaciones de 28/03/2001 (número 21232), sustituida por la comunicación de 29/03/2001 (número 21520) y de 19/04/2001 (número 24965), todas ellas firmadas por la demandante, en su condición de "Consejera SGIIIC del FIM" (sic), se refieren a las participaciones significativas en sociedades cotizadas, pero no hacen ninguna referencia a las participaciones significativas en el capital del Fondo que menciona la Resolución sancionadora, citadas en el párrafo anterior.

OCTAVO.- La parte actora considera que las deficiencias en la información remitida a la CNMV correspondiente al segundo trimestre de 2001 y los defectos en la información remitida en los estados reservados correspondientes a junio de 2001, deben ser exclusivamente imputados al Director General Sr. F.

Sin embargo, tal alegación no puede ser acogida por la Sala, porque es un hecho probado que la demandante formaba parte del Consejo de Administración de "G., SGIIIC", en el momento en que se cumplimentaron los informes y estados en los que se apreciaron los defectos de información. En efecto, la demandante ocupó el cargo de Consejera de la indicada sociedad hasta su cese el 13/12/2001, siendo inscrito el cese en el Registro Mercantil el 22/01/2002, como indica la Resolución sancionadora de la CNMV.

La intervención de la demandante en la confección del Informe trimestral del segundo trimestre de 2001 del Fondo "M., FIM" y de los estados reservados G03 y G05 de la sociedad gestora, resultan del propio expediente administrativo y de la prueba testifical practicada en autos.

Es un hecho acreditado en el expediente el ya repetido de la condición de la demandante de Consejera de "G., SGIIIC", hasta diciembre de 2001, y además, que de los dos fondos de inversión que gestionaba dicha sociedad, la responsabilidad de las decisiones de inversión de uno de ellos -Matched FIM- recaía en la demandante.

Tal hecho es corroborado por la declaración testifical de Don A.F.C., en estos autos, a propuesta de la parte actora. El testigo declaró que en 2001 era Director General "G.,

SGIIC", y que así como él se ocupó de la confección del Informe del Fondo "P." a partir del segundo o tercer trimestre del 2001, el informe del Fondo "M., FIM" del segundo trimestre de 2001, que es el que interesa al presente recurso, fue confeccionado por la demandante (contestación a pregunta quinta). Tal afirmación se corrobora en el expediente, porque así como en el Informe de "P." del 2º trimestre de 2001 aparece en el apartado de "Entidad Gestora" el nombre del testigo Don A.F.C., (folio 207 del expediente), en el caso del informe de "M., FIM" del 2º trimestre de 2001, el nombre que aparece en el apartado de "Entidad Gestora" es el de la demandante, Dña. P.F.F.S., (folio 211 del expediente).

Por lo demás, y respecto de las alegaciones que efectúa la parte actora en su escrito de conclusiones, respecto a que el reconocimiento por el testigo de su firma en los folios 207, 230, 252, 573, 576 y 621 del expediente acredita que era el testigo quien remitía a la CNMV información relevante, debe decirse que la Sala no comparte tal conclusión pues en unos casos (folio 207) se refiere el testigo al fondo "P." y no al fondo "M., FIM", en otros casos (folios 230, 252, 273 y 621), se trata de actuaciones y escritos remitidos a la CNMV y firmados por el Sr. F., pero todos ellos del año 2002, en el que ya había sido nombrado consejero de la sociedad, y en otros casos (folios 573 y 575), se trata de unos escritos que firmó el testigo en su condición de Director General de "G., SGIIC", que nada tienen que ver con informes trimestrales de Fondos, sino con la remisión de un nuevo Reglamento Interno de Conducta.

Por las razones anteriores, la Sala considera que es la demandante quien confeccionó los informes trimestrales del segundo trimestre de 2001 de "M., FIM" y los estados reservados de la sociedad gestora, en los que se apreciaron los defectos de información que antes se han indicado. Tal hecho unido a la falta de comunicación de participaciones significativas a 31/08/2001, que ya se han examinado, lleva a la Sala a considerar procedente la imputación a la demandante de la infracción de falta de remisión en forma correcta de la información a que se refiere el artículo 8 de la LIIC.

Es cierto, no obstante, que no cabe imputar a la demandante los defectos en la contabilidad que cita la Resolución sancionadora, por razón de su falta de consentimiento en la aprobación de las cuentas, pero tal hecho carece de consecuencias, por haber quedado manifiesta la responsabilidad de la demandante en la infracción por su intervención en los hechos de la falta de comunicación de participaciones significativas y las deficiencias en la información contenida en el informe trimestral y estados reservados, a lo que se une que la referencia de los defectos en la contabilidad en la Resolución sancionadora de la CNMV es de menos importancia y debe entenderse efectuada a los efectos de integrar las conductas infractoras de "G., SGIIC" y de los otros dos Consejeros también sancionados en la misma.

NOVENO.- En tercer lugar, la Resolución sancionadora de la CNMV considera a la demandante autora de una infracción grave del artículo 32.3.j) de la LIIC, consistente en no actuar en interés de los partícipes en la gestión del Fondo "M., FIM".

Los hechos constitutivos de esta infracción se describen en el apartado 5.3 de la Resolución sancionadora de la CNMV, y consistieron en que la comparación de los dos fondos gestionados por "G., SGIIC", muestra que en el período junio-agosto de 2001 la

rentabilidad obtenida por "M., FIM" es sistemáticamente inferior a la obtenida por "P., FIM", y que las operaciones de "M., FIM" se realizan a través de intermediarios que cobran por sus servicios el 2,5 por mil y se liquidan por el depositario que no cobra ninguna comisión adicional, mientras que las operaciones de "P., FIM" se realizan a través de intermediarios que cobran una comisión del 1 por mil y se liquidan con un corretaje por el depositario del 0,375 por mil. A lo anterior se añade el hecho de que una parte significativa de las comisiones soportadas por "M., FIM" eran retrocedidas a "G.V., SGC" y a Don F.F.F.F. , cuyas vinculaciones con la demandante ya se han citado.

Alega al respecto la parte actora que el hecho de que una misma gestora obtenga mejores y peores "precios" para los distintos fondos gestionados es normal, como es practica común la retrocesión de comisiones, y que en todo caso no ha existido una lesión grave de los intereses de los partícipes.

La Sala, si bien comparte con la demanda el argumento de que la distinta rentabilidad de los fondos es un hecho frecuente en la práctica de las empresas de servicios de inversión, no encuentra en cambio justificación alguna al pago por el Fondo "M., FIM" de comisiones de intermediación superiores a las soportadas por el otro fondo gestionado por la misma sociedad, máxime cuando resulta además que una parte significativa de esas comisiones era retrocedida a "G.V., SGC" y a Don F.F.F.F, entidad y persona física vinculadas a la demandante, que era quien tomaba las decisiones sobre inversiones del Fondo. En tal caso es obvio que se producen una vulneración del mandato del artículo 29 LIIC a las sociedades gestoras de actuar en interés de los partícipes en las inversiones y patrimonios que administren, al hacer soportar los gestores al fondo unas comisiones de intermediación superiores a las del otro fondo, en beneficio de la entidad y persona física vinculadas a la demandante que se han citado, consistiendo el perjuicio de los partícipes precisamente en el pago de esas comisiones superiores que lógicamente disminuye la rentabilidad o beneficios de sus participaciones.

DÉCIMO.- Expone la parte actora, con carácter general para las infracciones que hemos examinado, la indebida aplicación del inciso primero del artículo 32.3 LIIC. Tal alegación la entendemos referida a las dos últimas infracciones examinadas, que son las que se tipifican con el carácter de graves en distintas letras del artículo 32.3 LIIC, pero no afecta a la primera infracción, que se tipifica en texto legal distinto (artículo 100 de la LMV).

Dice el artículo 32.3 LIIC que son infracciones graves aquellas que signifiquen incumplimiento de obligaciones formales o de normas de carácter sustantivo cuando la acción u omisión ponga un peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros. Y considera la parte actora que al faltar estos requisitos de peligro cierto y grave o lesión grave de los intereses de los partícipes, no cabe afirmar la existencia de ninguna de las infracciones que se describen en cualquiera de las letras del mismo artículo 32.3 LIIC.

Sobre esta cuestión no cabe omitir que el propio artículo 32.3 LIIC, después del primer inciso a que se refiere la demandante, que exige que la acción u omisión ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros, añade que "... *tienen esta consideración...*" las conductas que describe seguidamente, entre las que se encuentran las dos a que se refiere la Resolución

sancionadora de la CNMV. Es decir, es una disposición con rango de ley la que atribuye a unas conductas que describe la consideración de poner en peligro cierto y grave o lesionar gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros.

El Tribunal Supremo ha dicho, a propósito de esta cuestión, en sentencia de 22 de mayo de 2003 (RJ 2003/4800), que podría admitirse la tesis de que la dicción literal del artículo 32.2 a) de la LIIC no impone de modo automático que cualquier omisión de datos se haya finalmente de calificar como infracción grave, pues cabe imaginar supuestos en los que la característica del dato omitido, por su práctica irrelevancia o por la idoneidad misma de la omisión a los efectos de producir perjuicios (piénsese en datos de remisión obligatoria que ya figuran en poder del órgano de control, por ejemplo), no permitan su tipificación jurídica como infracción grave, degradándola a leve.

Pero como ocurre con el caso examinado en la STS que citamos, no es este el caso de autos, pues el incumplimiento de la obligación de informar a la CNMV sobre las participaciones significativas, así como los defectos del informe del segundo trimestre de 2001 del Fondo "M., FIM" y de los informes reservados de la sociedad gestora a 30 de junio de 2001, que antes hemos detallado, le parecen a la Sala relevantes y ocasionadores de una situación de peligro cierto y grave para los partícipes. Si la propia ley presume que la no remisión de la información debida resulta, en principio, una infracción grave del régimen jurídico de las instituciones de inversión colectiva, esta presunción es plenamente aplicable al caso de autos, dada la relevancia de la información omitida (falta de comunicación de participaciones en el Fondo de Don F.F.F.F., y de "C.I.M.B., S.A." que sumadas alcanzaban prácticamente el 60% del Fondo, informes trimestrales que no identificaban a la persona responsable del mismo y que omiten explicaciones sobre la forma de valoración de la renta fija, estados reservados que omiten información sobre operaciones de compraventa de acciones por importe de 197.000 euros, por citar las omisiones de mayor relevancia). Dichas omisiones se consideran idóneas para poner en peligro cierto y grave los intereses de los partícipes y de terceros, en los términos exigidos por el artículo 32.3 LIIC, con independencia de que dicho riesgo se haya traducido o no "a posteriori" en perjuicio efectivo.

Y en el caso de la infracción del artículo 32.3.j) LIIC, ya hemos comentado que existe una lesión efectiva y real de los intereses de los partícipes, consistente en el pago de unas comisiones de intermediación superiores a las que satisface el otro fondo FIM de la misma sociedad gestora, con una diferencia de comisiones que no es precisamente pequeña sino superior al doble, ya que el fondo "M., FIM" satisfacía comisiones del 2,5 por mil, mientras que el otro fondo de la misma gestora satisfacía comisiones del 1 por mil, lo que en consideración de la Sala lesionó de forma grave los intereses de los partícipes.

DECIMOPRIMERO.- La parte actora considera que la Resolución sancionadora de la CNMV ha infringido el principio de proporcionalidad y ha ocasionado un agravio comparativo a la recurrente en la fijación del contenido económico de las sanciones pecuniarias impuestas.

La infracción grave del artículo 100, letra n) LMV fue sancionada con una multa de 30.050 euros. Respecto de esta sanción, debe tenerse presente que el artículo 106 LMV prevé

que además de la sanción que corresponda al infractor por la comisión de una infracción grave, cuando la infractora sea una persona jurídica, podrá imponerse a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección de la misma, sean responsables de la infracción, una multa "... por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 2 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción o 25.000.000 de pesetas..."(150.253 euros).

Por su parte, las infracciones graves del artículo 32.3, letras a) y j), de la LIIC, han sido sancionadas con multas de 12.020 euros y 9.015 euros, respectivamente. En este caso debemos tener en cuenta que el artículo 32.5, letra b) LIIC indica que las sanciones para las infracciones graves serán las de amonestación pública, suspensión temporal de administradores y "... multa hasta el 30 por 100 de la infracción si ésta es cifrable o, en otro caso, hasta 10 millones de pesetas..." (60.101 euros)

La Resolución sancionadora de la CNMV ha motivado los criterios tenidos en cuenta para la fijación de las sanciones, y así su Consideración Jurídica Decimoquinta explica que se toman en consideración las circunstancias atenuantes de la escasa magnitud del perjuicio causado, la escasa importancia de "G., SGIC", atendiendo a su nivel de recursos propios, y el hecho de haber terminado adoptando las medidas pertinentes para la subsanación de las infracciones, bien entendido que esta última atenuante es predicable únicamente respecto de la sociedad infractora y los Consejeros distintos de la recurrente, pues las medidas de subsanación se inician precisamente a partir del acuerdo de cese de la demandante y nombramiento de los nuevos administradores en diciembre de 2001.

Por razón de la presencia de circunstancias atenuantes y ausencia de motivos de agravación, la Resolución sancionadora de la CNMV impuso a la demandante unas sanciones de multa, en una extensión que se encuentra en el tercio inferior del límite máximo sancionador correspondiente a cada infracción, así 30.050 euros por la infracción grave de la LMV sobre un límite máximo de 150.253 euros, y 12.020 euros y 9.015 euros sobre un límite máximo sancionador de 60.101 euros en el caso de las dos infracciones graves de la LIIC, y todavía dentro de dicho grado mínimo o tercio inferior, se sitúan las sanciones en la franja media, por lo que la Sala considera que la Administración ha respetado el principio de proporcionalidad en la determinación del importe de la multa dentro de los límites establecidos por el legislador.

DECIMOSEGUNDO.- No existe un trato discriminatorio para la recurrente en la imposición de las sanciones, porque no estamos ante situaciones idénticamente calificadas como sostiene la demanda. Es cierto que la demandante y otros dos administradores de la sociedad "G., SGIC" han sido sancionados por idénticas infracciones, pero ahí termina la similitud, pues sus actuaciones e intervenciones en las infracciones sancionadas han sido distintas, lo que resulta explicado y justificado en la Resolución sancionadora de la CNMV.

Tanto el artículo 98 LMV como el artículo 32.7 LIIC, se remiten a las disposiciones de la ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, cuyo artículo 14.2 indica que para determinar la sanción aplicable entre las previstas legalmente se tomará en consideración, entre otras circunstancias, "... el grado de responsabilidad en los hechos que concurra en el interesado...", criterio que, por lo demás,

resulta de la aplicación de los principios del derecho penal al ámbito administrativo sancionador.

La Resolución sancionadora de la CNMV destaca, respecto de las dos infracciones graves de la LIIC por las que resultaron sancionados tanto la demandante como otros dos miembros del Consejo de Administración de "G., SGIC", la especial y más relevante intervención de la demandante que, como primera circunstancia a tener en consideración, resulta que formó parte del Consejo de Administración de "G., SGIC" antes y después de los cambios en dicho Consejo de fecha 28 de marzo de 2001, como consecuencia de la nueva estructura accionarial, mientras que los otros dos Consejeros sancionados sólo formaban parte del Consejo desde su entrada en el mismo en la citada fecha, como destaca la Resolución impugnada de la CNMV tanto en sus hechos probados como en su Consideración Jurídica Decimocuarta.

Pero, además de esta circunstancia, ya se ha hecho referencia, en relación con la infracción grave del artículo 32.2.a) LIIC, de falta de remisión en forma correcta de la información a que se refiere el artículo 8 LIIC, a la especial responsabilidad que concurre en la demandante, derivada de su intervención en la dirección del Fondo "M., FIM", que resulta destacada en los hechos probados de la Resolución impugnada de la CNMV, así como de su intervención personal en la elaboración de la información en la que se advirtieron los errores y las omisiones, que ya hemos puesto de relieve al valorar el resultado de la prueba practicada en este recurso.

Igualmente la Administración sancionadora motiva adecuadamente la concurrencia de una especial responsabilidad de la demandante en la infracción del artículo 32.3.j) LIIC, consistente en no actuar en interés de los partícipes en la gestión del fondo "M., FIM", que justifica la imposición de una sanción superior por esta infracción a la de los otros dos administradores, habida cuenta que la demandante integraba el comité de gestión de dicho fondo junto con su padre, lo que se pone de manifiesto en los hechos probados y Consideración Jurídica Decimocuarta de la Resolución impugnada, todo ello naturalmente sin perjuicio de la responsabilidad correspondiente a los demás consejeros, de la que se ha ocupado esta Sala anteriormente, en sentencia de 21 de enero de 2006 (recurso 507/2004).

Por las anteriores razones procede la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

DECIMOTERCERO.- 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:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Dña. P.F.F.S., contra la Resolución de Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de septiembre de 2004, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

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.