

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE MARZO DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 309/2015
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 25 de mayo de 2015, que confirma en alzada Resolución del Consejo de la CNMV de 22 de octubre de 2014
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a dieciséis de marzo de dos mil diecisiete.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 309/2015**, se tramita a instancia de la sociedad **INVERSIÓN, GESTIÓN Y DESARROLLO DE CAPITAL RIESGO DE ANDALUCÍA, SGEIC, S.A.**, representado por el Procurador D. L.R.N., y asistido por el Letrado D. E.C.A., contra Resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, 25-5-2015 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por INVERSIÓN, GESTIÓN Y DESARROLLO DE CAPITAL RIESGO DE ANDALUCÍA, SGEIC, S.A., contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22-10-2014 y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 27/7/2015 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que 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, tenga por presentado este escrito, lo admita, por formulada en tiempo y forma escrito de demanda y, tras los trámites procedentes, dicte sentencia en la que con estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto, acuerde:*

- a) *Anular la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 25/5/2015, por la que se acuerda desestimar el recurso de alzada interpuesto por la Gestora contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22/10/2014, por la que se acuerda imponer a esta parte una sanción de 30.000 euros, declarando la procedencia del recurso y la absolución de mi representada.*
- b) *Ordenar a la Administración demandada la devolución de la cantidad improcedentemente abonada en cumplimiento de la sanción impuesta, más los intereses de demora devengados desde la fecha de su abono.*
- c) *Condenar a la Administración demandada al abono de las costas procesales".*

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.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de fecha 12 de abril de 2016 por la que se admite y declara pertinente la prueba documental propuesta por la parte actora, teniéndose por reproducido el expediente administrativo. No admitiéndose la prueba pericial propuesta por la parte actora.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 14 de febrero de 2017 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 14 de marzo de 2017, 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 el Magistrado de esta Sección D^a Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 25-5-2015, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por INVERSIÓN, GESTIÓN Y DESARROLLO DE CAPITAL RIESGO DE ANDALUCÍA, SGEGR, S.A., contra la Resolución del Consejo de la CNMV de 22-10-2014 que acordó imponer a la recurrente una multa de 30.000 € por la comisión de una infracción grave de las tipificadas en el artículo 52.2 letra e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, en relación con el artículo 26 del mismo texto legal, por los incumplimientos contables de la Norma 7^a.3 y 11^a.4 de la Circular 11/2008, de 30 de diciembre, de la CNMV, sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo, cometidos en la información contenida en los estados reservados y en las cuentas anuales auditadas correspondientes al ejercicio 2011 de INVERSIÓN Y GESTIÓN DE CAPITAL SEMILLA DE ANDALUCÍA, SCR, S.A. de régimen común, entidad de capital-riesgo que gestionaba la expedientada.

2.- Comenzaremos por recoger el marco normativo en el que se desenvuelve la presente causa.

La concreta infracción sancionada remite al art. **52.2.e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (LECR)** que tipifica como una "infracción grave: "e) *La llevanza de los libros de contabilidad con un retraso superior a cuatro meses, así como las irregularidades de orden contable cuando no fueran constitutivas de infracciones muy graves*", señalándose en el art. 51.1 a) de dicha Ley, que constituye infracción muy grave: "a) *Carecer las entidades de capital-riesgo o sus sociedades gestoras de la contabilidad legalmente exigida o llevarla con vicios o irregularidades esenciales que impidan conocer la situación patrimonial y financiera*

de la entidad."

Vemos que la línea divisoria entre infracción grave y muy grave por irregularidades contables está en su relevancia ya que para situarse en el rango sancionador más elevado la irregularidad ha de ser "esencial" en cuanto que impida conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad.

La vigente **Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado**, en su disposición derogatoria única viene a derogar la Ley 25/2005, y en su **art. 94.b)** considera como "infracción grave": "*b) La llevanza de la contabilidad de acuerdo con criterios distintos de los establecidos legalmente, cuando ello desvirtúe la imagen patrimonial de la entidad o la sociedad gestora, ECR o EICC afectada, así como el incumplimiento de las normas sobre formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros oficiales, cuando no deba calificarse como infracción muy grave*", y en el art. 93 m) se determina que: "*Constituyen infracciones muy graves los siguientes actos u omisiones: m) Presentar las ECR, las EICC o sus sociedades gestoras deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad.*"

La **Circular 11/2008**, de 30 de diciembre (BOE 14-1-2009), sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo, (Modificada por la Circular 4/2015, de 28 de octubre), tal y como determina su norma 1ª: "*será de aplicación a las sociedades y fondos de capital riesgo, tal como se definen en el artículo 2 de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras*", y establece en su norma 2ª, en cuanto al marco contable, que: "*Las Normas contables específicas que deben cumplir las entidades de capital-riesgo serán las contenidas en esta Circular, que constituye el desarrollo y adaptación, para las entidades de capital-riesgo, de lo previsto en el Código de Comercio, Ley de Sociedades Anónimas, Plan General de Contabilidad y Normativa legal específica que les resulte de aplicación. Para las cuestiones que no estén específicamente reguladas en esta Circular, se aplicará la normativa contable española vigente compatible con el Plan General de Contabilidad.*"

La **Norma 7ª.3** de la Circular 11/2008, establece: "*Las cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo deberán ser redactados con claridad, de forma que la información suministrada sea comprensible y útil para los usuarios al tomar sus decisiones económicas, debiendo mostrar la imagen fiel del patrimonio, la situación financiera y los resultados de la entidad, de conformidad con los requisitos de esta Circular. (...) 3. Uniformidad.- Adoptado un criterio dentro de las alternativas que, en su caso, se permitan, deberá mantenerse en el tiempo y aplicarse de manera uniforme para transacciones, otros eventos y condiciones que sean similares, en tanto no se alteren los supuestos que motivaron su elección. De alterarse estos supuestos podrá modificarse el criterio adoptado en su día; en tal caso, estas circunstancias se harán constar en la memoria, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales*".

La **Norma 11ª.4** de la Circular 11/2008, Criterios generales de registro, clasificación y valoración de activos financieros en su apartado 4. Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas, determina:

4.1 Valoración inicial.– Estas inversiones se valorarán inicialmente al coste, que equivaldrá al valor razonable de la contraprestación entregada más los costes de transacción que les sean directamente atribuibles, y el importe de los derechos preferentes de suscripción y similares que, en su caso, se hubieran adquirido.

4.2 Valoración posterior.– Las inversiones incluidas en este apartado se valorarán por su coste, menos, en su caso, el importe acumulado de las correcciones valorativas por deterioro. En cualquier caso, se deberá informar en cuentas de orden del balance de las plusvalías latentes netas de impuestos, que se determinarán por comparación del coste de la inversión con su valor razonable calculado de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 anterior.

4.3 Deterioro.– Con la frecuencia que corresponda de acuerdo con la norma 10.ª, deberán efectuarse las correcciones valorativas necesarias siempre que exista evidencia objetiva de que el valor en libros de una inversión no será recuperable. El importe de la corrección valorativa será la diferencia entre su valor en libros y el importe recuperable. Salvo mejor evidencia, en la estimación del deterioro de esta clase de activos se tomará en consideración el valor razonable de la inversión en los términos que se establecen en el apartado 3 anterior de esta norma.

4.4 Inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas que sean capital-inicio.– En caso de que en las inversiones en el patrimonio de empresas del grupo, multigrupo y asociadas concurra la condición de capital-inicio, tal y como se define en la Norma 9.ª.5, se valorarán a su coste de acuerdo con lo establecido en el apartado anterior, y si existe deterioro, el importe de las correcciones valorativas por el deterioro que se reconozcan se reflejarán adicionalmente en cuentas de orden, si se está cumpliendo con el plan de negocio de la entidad según dictamen del Consejo de Administración de la entidad de capital-riesgo o su gestora.

En caso de que existan transacciones recientes en condiciones de independencia mutua entre partes interesadas y debidamente informadas a un valor distinto del valor a que estas inversiones se encuentren contabilizadas, las diferencias se reconocerán en la cuentas de orden mencionada en el apartado 4.2 anterior.

Las correcciones valorativas por deterioro y, en su caso, su reversión, se registrarán como un gasto o un ingreso, respectivamente, en la cuenta de pérdidas y ganancias. La reversión del deterioro tendrá como límite el valor en libros de la inversión que estaría reconocida en la fecha de reversión si no se hubiese registrado el deterioro del valor."

Estas previsiones contables entroncan directamente con las obligaciones de información del **art. 26 de la LECR 25/2005** establece que:

"Uno. Sin perjuicio de las obligaciones de información establecidas con carácter general,

las entidades de régimen común deberán publicar para su difusión entre los partícipes una memoria anual y un folleto informativo, conforme a las siguientes especificaciones:

- a) El folleto informativo habrá de editarse por la entidad con carácter previo a su inscripción en el registro administrativo.
- b) La memoria anual estará integrada por las cuentas anuales, el informe de gestión y el informe de auditoría.

Estos documentos deberán ser remitidos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para el ejercicio de sus funciones de supervisión y registro, así como puestos a disposición de los partícipes en el domicilio social de la sociedad gestora del fondo de capital-riesgo.

Dos. Los administradores de las sociedades de capital-riesgo o, en el caso de los fondos de capital-riesgo, los de su sociedad gestora estarán obligados a formular o aprobar, dentro de los tres primeros meses de cada ejercicio, las cuentas anuales, la propuesta de distribución de resultados y el informe de gestión. Dentro de los cuatro primeros meses de cada ejercicio las sociedades de inversión o las sociedades gestoras, en el caso de los fondos de inversión, siempre que se trate de sociedades y fondos de régimen común, deberán remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores los citados documentos contables junto con el informe de auditoría. El ejercicio social se ajustará siempre al año natural. (...)

Tres. Las sociedades de capital-riesgo, las sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo, así como las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva que gestionen entidades de capital-riesgo, deberán facilitar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuanta información se les requiera y, en particular, sobre actividades, inversiones, recursos, patrimonio, estados financieros, accionistas o partícipes, situación económico-financiera, así como en lo concerniente a hechos relevantes, con la frecuencia, alcance y contenido que establezcan el Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Se considerarán hechos específicamente relevantes para las entidades de capital-riesgo los que afecten o puedan afectar significativamente a la consideración del valor de las acciones o participaciones y, en particular, toda circunstancia de carácter contingente que afecte o pueda influir significativamente en la evolución de los negocios de las entidades participadas, su rentabilidad y su situación financiera, siempre que la inversión en la entidad afectada represente al menos un 5 por 100 del activo de la entidad de capital-riesgo.

Cuatro. Las entidades de capital-riesgo deberán someter a informe de auditoría sus estados financieros conforme a lo establecido en la legislación sobre auditoría de cuentas.

Cinco. Los partícipes y socios de una entidad de capital-riesgo de régimen común tienen derecho a solicitar y obtener información completa, veraz, precisa y permanente sobre la entidad, el valor de las acciones o participaciones, así como la posición del accionista o partícipe en la entidad."

3.- La recurrente, INVERSIÓN, GESTIÓN Y DESARROLLO DE CAPITAL RIESGO DE ANDALUCÍA, SGEGR. SA es una sociedad gestora de entidades de capital-riesgo, inscrita con fecha 26 de junio de 2009 en el registro público de sociedades gestoras de entidades de capital-riesgo llevado en la CNMV con el número 83, con domicilio en Sevilla, el Acústica nº 24, 4ª planta, Parque Empresarial, (41015 Sevilla).

INVERSIÓN Y GESTIÓN DE CAPITAL SEMILLA DE ANDALUCÍA, SCR, SA de Régimen Común (INVERSEED) anteriormente denominada INVERJAEN, SCR SA, es una sociedad de capital-riesgo, inscrita con fecha 28 de julio de 1993 en el registro público de sociedades de capital-riesgo llevado en la CNMV con el número 15, con domicilio en Jaén, Plaza de la Constitución 10, sexta planta, (23002 Jaén).

INVERSEED, inicialmente autogestionada, comenzó a ser gestionada por la SGEGR en septiembre de 2011, tras el proceso de fusión de tres sociedades de capital riesgo: INVERJAEN SCR; Inversiones e Iniciativas de Málaga, SCR; e Iniciativas Económicas de Almería, SCR, y la posterior ampliación de capital de la sociedad resultante suscrita con aportación de activos de INVERCARIA.

En hechos probados la resolución sancionadora recoge los siguientes:

"1. El valor de las inversiones en patrimonio de las sociedades: High Technology Masterbatches S.L., Indisys S.L. y Olitec Aljarafe S.L., así como de los préstamos participativos concedidos a las sociedades: Easy Industrial Solutions S.L. y Consultora para la Sostenibilidad Integral S.L., figuraban en las cuentas anuales auditadas correspondientes al ejercicio 2011, a un valor superior al de la aportación como contrapartida de la ampliación de capital suscrita por Invercaria, dando lugar a ingresos extraordinarios por importe de 949.497 euros.

2. En las participaciones en Compañía Eléctrica para el Desarrollo Sostenible, S.A, Biorledal SL y Green Power Technologies, SL (Minusvalía de 206.108 € en las dos primeras y plusvalía de 1.007.800 € en la tercera), se había modificado el método de valoración al cierre de 2011 respecto al utilizado por el experto independiente en el informe de valoración emitido para la ampliación de capital, sin haber hecho constar, en la memoria anual correspondiente al ejercicio 2011, el efecto cuantitativo y cualitativo de dicha variación sobre dichas cuentas anuales.

3. La reformulación de las cuentas anuales de 2011 con fecha 27 de junio de 2012 fue realizada para, entre otros ajustes, corregir errores contables cometidos en la primera formulación de cuentas anuales".

4.- En primer lugar se plantea la aplicación retroactiva, como norma sancionadora más favorable, del art. 94.b) de la nueva LEIC 22/2014 lo que, según la recurrente, llevaría a que no hubiera sanción alguna a imponer ya que la contabilidad de la Gestora se ha llevado de acuerdo a criterios contables establecidos legalmente, como vendría a concluir el informe de los auditores, sin que en ningún caso, las presuntas deficiencias apuntadas por la CNMV hayan supuesto que se desvirtuara la imagen patrimonial de la

SCR.

En el FJ 2 de la presente se transcriben el art. 52.2.e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras (LECR) y el art. 94.b) de la vigente Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, en cuanto a la tipificación que en los mismos se contiene de las infracciones graves por irregularidades contables. Como se puede apreciar de la literalidad de este último precepto, la recurrente hace una lectura parcial no diferenciando los dos supuestos tipificados en el mismo como infracción grave y cuya separación viene marcada por la locución conjuntiva *“así como”*:

- la llevanza de la contabilidad de acuerdo con criterios distintos de los establecidos legalmente, cuando ello desvirtúe la imagen patrimonial de la entidad o la sociedad gestora, ECR o EICC afectada,
- el incumplimiento de las normas sobre formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros oficiales, cuando no deba calificarse como infracción muy grave.

En la LECR 25/2005, la línea divisoria entre infracción grave/muy grave está en que la irregularidad impida conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad. En la nueva ley, la línea divisoria entre infracción grave/muy grave está en que en este último caso se exige que las deficiencias contables deben poner en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad (art. 93: *“Constituyen infracciones muy graves los siguientes actos u omisiones: m) Presentar las ECR, las EICC o sus sociedades gestoras deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad”*) y, como vemos, en la medida en que se concluya, como hace la resolución recurrida (cuestión distinta es que confirmemos o no este extremo), en que la entidad gestora no estaba llevando la contabilidad de la sociedad de capital-riesgo gestionada de acuerdo con la Circular 11/2008, dictada al amparo de la Disposición Final Sexta de la Ley 25/2005, de 4 de noviembre, reguladora de las Entidades de Capital Riesgo y sus sociedades gestoras, en lo que atañe a la formulación de las cuentas o llevanza de los libros y registros oficiales, no entra en juego ninguna matización posible con base a que se desvirtúe o no la imagen patrimonial. Este último aspecto –el que no se desvirtúe la imagen patrimonial- serviría, en su caso, no para excluir automáticamente la responsabilidad sino para remitir a la infracción leve contable la centrada en el mero uso de criterios contables distintos a los establecidos legalmente, ya que conforme el art. 95 d) de dicha ley: *“Constituye asimismo infracción leve cualquier incumplimiento de esta Ley y sus normas de desarrollo que no constituya infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los apartados anteriores.”*

Por tanto la retroactividad *“in bonus”* ha de afrontarse sobre estas premisas y una vez que se resuelva acerca de la concreta entidad de la conducta sancionada.

5.- Se denuncia vulneración del principio de reserva de ley en materia sancionadora (artículos 25.1 CE y 127 de la LRJ-PAC) sobre la base de que la LECR 25/2005 en su art. 52.2.e) no regula el "núcleo esencial" de la conducta infractora.

Según se defiende en la demanda es una norma sancionadora en blanco que censura un comportamiento conforme a lo que establezca la norma de remisión o integradora que, en este caso, es un conjunto normativo diverso y heterogéneo, principalmente de rango reglamentario. A criterio del recurrente, no se cumple el requisito esencial para la validez del renvío normativo, que la norma con rango de Ley contenga el "núcleo esencial de la protección", que la amplitud del tipo aplicado por la Administración es tan desmesurada (irregularidades contables) que la Ley no prefigura los elementos esenciales de la conducta que se reprende, por lo que no constituye una "cobertura legal suficiente" o "determinación mínima" y que la legalidad de integrar una norma legal sancionadora en blanco con circulares de agencias y entidades reguladoras como la CNMV es posible cuando la norma reglamentaria o infralegal colabora con la legal y complementa a ésta en la definición del tipo infractor lo que no concurriría en el caso de autos ante la absoluta generalidad e indeterminación del tipo infractor aplicado que no alcanza ese mínimo suficiente para considerar que es una norma legal la que verdaderamente define o configura la infracción, lo que determina la vulneración del principio de reserva de ley.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 27-6-2006 (recurso de casación 10089/2003) recuerda cual es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el significado garantista del principio de legalidad sancionadora en su vertiente formal y material, expuesto en la STC 242/2005 de 10 de octubre:

"El análisis de si se han respetado las garantías formal y material del derecho a la legalidad sancionadora debe comenzar recordando la ya consolidada doctrina de este Tribunal sobre el particular, en la que se ha reiterado que el art. 25.1 CE incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, que es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo y que comprende tanto una garantía formal como material. Si bien la garantía formal aparece derivada de la exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora, sin embargo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Por tanto, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (por todas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, F. 2, o 26/2005, de 14 de febrero, F. 3).

La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las

consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, F. 2, y 26/2005, de 14 de febrero, F. 3)."

El Alto Tribunal en la sentencia dictada el doce de marzo de mil novecientos noventa y nueve en materia de mercado de valores, examina una alegación de infracción del principio de legalidad en cuanto a la valoración de los tipos sancionadores en los siguientes términos:

"En la cuestión examinada, la aplicación de las sanciones que se imponen al recurrente aparecen claramente delimitadas por la aplicación de los tipos previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, en especial la configuración de infracción muy grave, en el artículo 99, en particular en el apartado e) por carecer las Sociedades citadas, en el artículo 86, de la Contabilidad y Registros exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad y las operaciones que ejecuten o en las que medien y el apartado s) del mismo artículo 99, que implica la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya actuación directa implicaría la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de transferencias de la titularidad de las mismas aunque, en este punto, la sanción definitiva quede condicionada a la sentencia penal.

Las consecuencias jurídicas, en cuanto al ámbito sancionador, vienen especificadas en el artículo 102, que impone por la comisión de infracciones muy graves al infractor multas que llegan hasta cinco millones de pesetas (tres millones es la cuantía de la multa impuesta al recurrente) y sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de Administración y Dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por plazo no superior a diez años, lo que pone de manifiesto que no estamos ante preceptos en los cuales se quebrante la legalidad, por cuanto que, como ya afirmó el Tribunal Constitucional en las sentencias 69/89, 116/93 y reitera en la 306/94, la utilización de conceptos por parte de las leyes sancionadoras es posible siempre que la concreción del concepto sea razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permiten prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de infracción, extremo que se produce en la cuestión examinada, por lo que desde este primer punto de vista, tampoco resulta quebrantado el principio de legalidad.

OCTAVO.- *A mayor abundamiento, interesa analizar, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, el principio de reserva de ley en materia sancionadora, que se puede concretar en los siguientes puntos:*

1º) *El artículo 25.1 de la Constitución establece dos garantías: a) la primera, de orden*

material y alcance absoluto, por lo que se refiere al ámbito penal y a las sanciones administrativas, reflejando el principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de la libertad individual, exigiendo la predeterminación normativa de conductas ilícitas y sanciones correspondientes; b) la segunda garantía que establece el artículo 25.1 tiene carácter formal y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas, pues el término legislación vigente contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora, criterio que ha sido examinado por reiterada jurisprudencia constitucional (sentencias, entre otras, 8/81, 159/86, 2/87, 42/87, 133/87, 3/88, 101/88, 29/89, 69/89, 150/89, 219/89 y 61/90) que ponen de manifiesto que el principio de legalidad sancionadora constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que, en sentido material, supone una concreción del principio de seguridad jurídica y, en sentido formal, exige el rango formal de ley, lo que se aplica en las relaciones de supremacía general y en las relaciones de supremacía especial, como ha reconocido la sentencia constitucional 61/90.

2º) Respecto de las normas preconstitucionales, la exigencia de reserva de ley no es retroactiva, al no ser el principio de legalidad exigible antes de la vigencia de la Constitución y respecto de las normas reglamentarias dictadas tras la Constitución y que tengan su cobertura en las anteriores, hay que distinguir dos supuestos: a) Por un lado, que el Reglamento postconstitucional tipifique nuevas infracciones e introduzca nuevas sanciones o altere el cuadro de las existentes, con lo cual se contravendría el artículo 25.1 de la Constitución o b) se limite a aplicar el Derecho preestablecido, al objeto particularizado de su propia regulación material, en cuyo caso, no hay una remisión innovadora, sino una mera reiteración.

3º) El alcance, en suma, del principio de reserva de ley establecido en el artículo 25.1 de la Constitución no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones, como con referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o, por último, por exigencias de prudencia y oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de la ordenación territorial o por razones materiales, puesto que aquel precepto determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, como han tenido ocasión de reiterar las sentencias constitucionales 77/83, 87/85 y 2/87, entre otras.

4º) La sentencia constitucional 101/88 establece dos aspectos fundamentales: a) No es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución, como ya reconoció la precedente sentencia constitucional 11/81 y b) Tampoco cabe ignorar que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, como reconoció la sentencia constitucional 15/1981.

5º) Finalmente, la sentencia constitucional núm. 29/89, de 6 de febrero, no hace sino ya reiterar la doctrina expuesta por el Tribunal en las sentencias constitucionales 42/87 y 101/88, según las cuales son nulas las normas reglamentarias postconstitucionales que se aprueben en virtud de habilitaciones que hayan de entenderse derogadas por la Constitución, siempre que aquellas normas innoven el sistema de infracciones y sanciones preestablecido, pues, en caso contrario, no puede decirse que se hayan servido de una remisión normativa ya caducada.

Del análisis precedente se infiere que con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, como reconoció la jurisprudencia constitucional en precedentes sentencias, algunas de las cuales han sido invocadas, como las STC núms. 77/83, 83/84 y 3/88."

En este caso, se trata de comprobar si la utilización de los conceptos que hace el precepto aplicado lo es en relación con conceptos cuya concreción es razonablemente factible con base en criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan establecer con suficiente seguridad lo que constituye el núcleo de la infracción (las irregularidades de orden contable).

Del tenor literal del precepto cuestionado es evidente que no estamos ante un tipo infractor construido sobre una remisión en abstracto o indeterminada a los reglamentos, lo que no es posible ni siquiera en el ámbito sancionador administrativo en el que el principio de legalidad sancionadora no es tan riguroso como en el penal. La infracción está suficientemente definida por el propio legislador: irregularidades contables, y es dentro de esa determinación legislativa previa donde se incluye la remisión a la particular normativa al respecto.

A juicio de la Sala, la **Circular 11/2008**, de 30 de diciembre (BOE 14-1-2009), sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las entidades de capital-riesgo, contiene concreción más que suficiente de las específicas y especiales obligaciones contables exigibles a estas singularizadas entidades. La propia resolución recurrida desarrolla sobradamente como la normativa sectorial, dado el objeto principal de estas entidades (toma de participaciones temporales en el capital de empresas), es especialmente exigente respecto del correcto reflejo contable de los activos financieros que constituyen la actividad básica y medular de las entidades de capital-riesgo. No existe la indefinición y dispersión que defiende la recurrente y no podemos olvidar que esta Circular tiene su cobertura en la Disposición final sexta de la LECR que faculta al Ministerio de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la CNMV para, previo informe del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (en adelante, ICAC), establecer y modificar en relación con las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, las normas contables y modelos a los que deberán ajustarse sus cuentas anuales. De ahí que en este caso se cumplan las previsiones establecidas por el Tribunal Constitucional para concluir que en contra de lo denunciado por la actora no se infringen los principios constitucionales de legalidad y tipicidad.

6.- En la demanda se alega también vulneración del principio de tipicidad en relación a:

"7.1. La aplicación del tipo imputado a mi representada vulnera el principio de tipicidad al impedir predecir, con suficiente grado de certeza, las conductas que constituyen la infracción y las sanciones aplicables

7.2. Las presuntas irregularidades contables de la SCR no son relevantes a efectos sancionadores

7.3. Inexistencia de la infracción imputada a la Gestora por el presunto incumplimiento de la norma 11.4 de la Circular 11/2008, de 30 de septiembre

7.4. Inexistencia de la infracción imputada a la Gestora por el presunto incumplimiento de la norma 71.3 de la Circular 11/2008, de 30 de septiembre" (sic).

En cuanto al primer y segundo apartado, nos remitimos a lo ya señalado en el FJ antecedente recalcando que nos encontramos en un ámbito muy regulado, muy específico, y que los que toman parte del mismo difícilmente pueden esgrimir desconocimiento del marco normativo en el que desenvolverse.

Cuestión distinta es que se discrepe de la realidad de los hechos o de su concreto encuadre dentro del precepto sancionador. Como veremos posteriormente, nada más alejado de la realidad que en el caso de autos se haya producido la imposición de una sanción por la presunta comisión de irregularidades de orden contable mediante la aplicación de criterios interpretativos "orientativos".

7.- Comenzaremos por la infracción imputada con base a la norma 11ª.4 de la Circular 11/2008, cuya comisión se cuestiona sobre la base de: *"(i) la razonabilidad de los criterios contables aplicados por la Entidad, (ii) la inexistencia de relevancia del presunto incumplimiento y (iii) el valor que confiere la Resolución a la reformulación de cuentas" (sic).*

Ha de partirse de que la SCR, y por ende su Gestora, no pueden sustraerse de las específicas y especiales normas contables que le son de exigir dado el ámbito del mercado en el que operan y en especial las que inciden en relación a los activos financieros y su valoración visto que el objeto principal de las entidades de capital riesgo: *"(...) consiste en la toma de participaciones temporales en el capital de empresas no financieras y de naturaleza no inmobiliaria que, en el momento de la toma de participación, no coticen en el primer mercado de Bolsas de valores o en cualquier otro mercado regulado equivalente de la Unión Europea o del resto de países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.", (art. 2 LECR 25/2005).*

La propia resolución sancionadora, por razones de lógica y proporcionalidad en la interpretación, se justifica en su resultado señalando que no toda inexactitud o irregularidad contable constituye la conducta típica y antijurídica, recogida en el artículo 52.2 e) de la LECR, sino que para que una irregularidad contable constituya dicha conducta debe ser necesariamente "relevante" diferenciando esta relevancia del carácter

“esencial” de la infracción contable que remite a la infracción muy grave. Dentro de esa relevancia acude al principio contable de “importancia relativa” a cuyo amparo se admite la no aplicación estricta de algunos de los principios y criterios contables cuando la importancia relativa, en términos cuantitativos o cualitativos de la variación que tal hecho produzca, sea escasamente significativa y, en consecuencia, no altere la expresión de la imagen fiel, utilizando para ello la NTA sobre el concepto de importancia relativa (Resolución del ICAC 14-6-1999) que, si bien remite al juicio profesional en las circunstancias concretas de cada caso, incorpora una relación no exhaustiva de aspectos cualitativos y cuantitativos a considerar y, como referencia orientativa de la significación o relevancia de los ajustes que afecten al resultado del ejercicio, se fija el parámetro de entre el 5% y el 10% del total del resultado de las actividades de la entidad en un ejercicio económico (menos del 5% no sería relevante, más del 10% sería relevante, y entre el 5% y el 10% quedaría a juicio profesional del auditor). El art. 26-3 de la LECR 25/2005 contiene un criterio (la inversión en la entidad afectada represente al menos un 5 por 100 del activo de la entidad de capital-riesgo) no traspasable al caso pues no se refiere a los criterios de relevancia contable sino a los criterios para marcar hechos relevantes de cara a su obligatoria comunicación a la CNMV en cuanto puedan afectar significativamente al valor de las acciones o participaciones.

Hemos de ver, por tanto, si las infracciones contables detectadas incidían o no, de forma significativa, en la valoración de los activos financieros, teniendo presente que la existencia o inexistencia de perjuicios económicos a terceros y su concreta cuantía no es un elemento constitutivo del tipo sancionador.

Tal y como se recogen en la resolución sancionadora, las irregularidades detectadas en la Cuenta de Resultados de INVERSEED correspondiente al ejercicio 2011, fueron las siguientes:

“En primer lugar, y en relación con las cuentas anuales de 2011 formuladas con fecha 30 de abril de 2012, la contabilización del deterioro del inmovilizado financiero -por importe de 813.653 €- en la partida de Reservas negativas, en lugar de contabilizarse en la cuenta de resultados como pérdida del ejercicio, según establece la Norma.

En segundo lugar, y en las cuentas anuales de 2011 reformuladas con fecha 29 de junio de 2012, haber incrementado -con respecto al importe por el que fueron reconocidas en el momento de su aportación como contrapartida de la ampliación de capital suscrita por Invercaria- el valor de determinadas inversiones en patrimonio y préstamos participativos con la consiguiente contabilización incorrecta de unos Ingresos extraordinarios por importe de 949.497” (sic).

Resumidamente, en la cuenta de resultados (cuenta de pérdidas y ganancias en términos del PGC), documento integrante de las cuentas anuales, ejercicio 2011, por el lado negativo no se contabiliza el deterioro del inmovilizado financiero producido en el ejercicio (813.653 €), y al mismo tiempo, por el lado positivo, se contabilizaron ingresos extraordinarios indebidos como consecuencia de una indebida valoración al alza de determinados activos financieros correspondiente a su actividad ordinaria: inversiones en patrimonio y préstamos participativos (949.497 €).

En cuanto a la incidencia que esto ha tenido se recoge que:

"(...) debe señalarse que el efecto conjunto de ambas irregularidades sobre la Cuenta de resultados de la SCR correspondiente al ejercicio 2011 ha supuesto el no reconocimiento de pérdidas por importe de 1.763.150 € (suma de 813.653 y 949.497); esto es, la correcta contabilización habría incrementado las pérdidas del ejercicio en un 68% haciéndolas pasar de un importe declarado (en las cuentas anuales formuladas el 30 de abril de 2012) de 2.606.647,84 a un importe de 4.369.797,84 €. Adicionalmente, la segunda de las irregularidades ha supuesto adicionalmente un impacto negativo -por importe de 949.497€ sobre el patrimonio neto declarado en las cuentas anuales formuladas el 30 de abril de 2012, que pasarían de los 22.460.029,50 € declarados a 27.510.532,50 €, lo que supone una disminución del mismo del 4%." (sic).

La cifras son tan obvias en lo que atañe a la real situación patrimonial de la SCR que, aunque nos limitáramos a la desviación por ingresos extraordinarios (949.497 € que representan un incremento de las pérdidas del ejercicio en un 36,6 %), tal y como pretende la recurrente con base a que el deterioro financiero (813.653 €) se corrigió en la reformulación de cuentas, habríamos de concluir que la relevancia en la infracción es incuestionable y las conclusiones que reflejan dichos datos trascienden de perderse en el debate acerca de lo meramente orientativo de los criterios acerca de la importancia relativa, del particular criterio del auditor al caso concreto en la no formulación de salvedades y de la consideración que hace la recurrente acerca de que los inversores en este tipo de "vehículo de inversión" parezcan estar más concernidos por el valor de la acción/participación de la SCR haciendo abstracción de la situación patrimonial de la SCR aunque ante la obligación que tienen estas Sociedades de determinar un patrimonio y calcular un valor liquidativo al que los partícipes o accionistas de la entidad puedan realizar sus inversiones, habríamos de preguntarnos si entra dentro de la lógica que no les interese a los inversores conocer el real alcance del resultado negativo en el ejercicio 2011.

De otro lado, ¿qué sentido tiene reformular unas cuentas si las mismas se han realizado con base a correctos criterios contables? Acierta la Administración cuando ve en ello un indicio claro de las irregularidades contables y de su relevancia dentro del carácter excepcional que tiene la reformulación de cuentas y deja sin sustento la razonabilidad del obrar contable que defiende la actora. Por otro lado, las cuentas anuales de 2011, fueron aprobadas el 30-4-2012, fecha límite conforme a su normativa sectorial para presentar la documentación contable en la CNMV y, aunque se reformularon a iniciativa propia por su Consejo de Administración el 29-6-2012, esta reformulación sólo subsanó el error de contabilización del deterioro del inmovilizado financiero no la desviación por ingresos extraordinarios.

No se trata simplemente de que los criterios aplicados por la SCR sean razonables desde un punto de vista técnico-contable. Asumimos plenamente el criterio administrativo acerca de que las exigencias de una contabilidad normalizada: *"La contabilidad para que pueda ser interpretada correctamente por los usuarios debe estar normalizada, es decir debe ajustarse a un conjunto de normas y principios para que resulten homogéneos los criterios de valoración y presentación de las cuentas, sin la cual no sería posible una correcta*

interpretación de la información contable. Esta homogenización de las contabilidades de las distintas entidades es la razón, entre otras, de la obligatoriedad legal de aplicar el PGC, tanto de forma general como sectorial."

8.- En cuanto a la infracción imputada a la Gestora por el presunto incumplimiento de la norma 71.3 de la Circular 11/2008 por la no aplicación del principio de uniformidad en las cuentas anuales, reformuladas, de la SCR, ejercicio 2011, al haberse modificado el método de valoración de las aportaciones no dinerarias realizadas en la ampliación de capital, respecto al utilizado por el experto independiente en el informe de valoración de las aportaciones no dinerarias previsto en el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio (LSC) sin haberse hecho constar dicha modificación en la memoria de las citadas cuentas anuales ni, haberse explicado las razones del cambio de criterio de valoración y la incidencia cuantitativa y cualitativa del mismo en dichas cuentas, según preceptúa la citada norma.

Según recoge la resolución sancionadora:

"La incidencia de este cambio de criterio de valoración en las cuentas anuales de Inverseed del ejercicio 2011, se ha traducido, de un lado, en una minusvalía -con el correspondiente cargo en la cuenta de resultados de la SCR- por importe de 206.108 €, y de otro lado, en una plusvalía -registrada como Plusvalías latentes en cuentas de orden- por importe de 1.007.800 €. En cuanto a la relevancia de estas magnitudes sobre los importes declarados en las citadas cuentas anuales de 2011 debe señalarse que han supuesto, de un lado, el reconocimiento de pérdidas por importe un 8% superior al que resultaría de no haberse producido el cambio de valoración, y de otro, el reconocimiento de unas plusvalías latentes superiores en un 70% a las que resultarían de no haberse cambiado el criterio de valoración" (sic).

La recurrente asume que el informe elaborado por el experto independiente para determinar la valoración de los activos aportados en el aumento de capital, en la aportación no dineraria al capital de la SCR, tiene indudable transcendencia mercantil y no cuestiona sus fines de protección de la propia sociedad, los accionistas y terceros, pero sí cuestiona su importancia contable señalando que el informe puede servir de referencia de valoración, pero defiende que no es aplicable a la contabilidad de la SCR, cuya llevanza es competencia de los administradores conforme a los criterios y normas contables de aplicación negando que pueda erigirse en término de comparación para la aplicación del principio de uniformidad.

Pues bien, aun asumiendo que la Sociedad pueda apartarse del informe del experto independiente referido a la valoración de los bienes no dinerarios que se pretenden aportar en la ampliación de capital, lo que es evidente es que este informe se constituye en el término de comparación pues como tal ha de considerarse con base a la LCS, y por tanto este es el primer "momento de observación" y es evidente que en la Memoria de las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la SCR no se menciona el cambio de criterio en la valoración de tales aportaciones no dinerarias, indicando la incidencia cuantitativa y cualitativa de la variación sobre las cuentas anuales, con lo cual se ha impedido que los

accionistas conocieran en el momento de aprobar las cuentas anuales del ejercicio 2011 de la SCR las modificaciones que los administradores hablan realizado y, por ende, no pudieron pronunciarse sobre las mismas.

En conclusión, han de confirmarse los incumplimientos contables de las Normas 7ª.3 y 11ª.4 de la Circular 11/2008, incurridos en las Cuentas Anuales auditadas del ejercicio 2011, que aunque “no impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la SCR”, tal y como se asume por la Administración (ello excluiría la infracción muy grave en el marco de la LECR 25/2005), en la medida en que todas las irregularidades contables que se sancionan revierten en la incorrecta valoración de los activos financieros -concretamente de las inversiones en empresas del grupo, multigrupo y asociadas (ya sean inversiones en patrimonio, ya préstamos participativos)- dentro de la formulación de las cuentas anuales, no procede degradación punitiva alguna con base a la aplicación retroactiva de la nueva ley 22/2014, pues al amparo de la misma también nos encontraríamos ante una infracción grave.

9.- En cuanto a la vulneración del principio de culpabilidad se defiende en la demanda que no concurre el elemento subjetivo del tipo infractor ya que: *“dadas las circunstancias concurrentes en la actuación de mi representada, esto es, que (i) el auditor no encontró ninguna incidencia que evaluar, (ii) a que no se aplicaron criterios no previstos en la Ley, ni (iii) se impidió a terceros conocer la imagen fiel de la situación patrimonial de la Gestora, se debe concluir que no era previsible, prevenible o evitable que dicha conducta pudiera ser punible. Asimismo, tampoco se ha originado ningún dolo con la actuación de la Gestora por cuanto, como se ha acreditado, los posibles errores contables (i) únicamente permanecieron reflejados en las cuentas anuales durante período de dos meses (período transcurrido entre la formulación inicial de las cuentas en abril y su reformulación en junio de 2012) y (ii) el accionariado de la SCR está especialmente concentrado y controlado en más del 77% de manera indirecta por la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía — Agencia IDEA-.”*

El art 130-1 de la LRJ-PAC 30/1992 dispone que: *“sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsable de los mismos aún a título de simple inobservancia”.*

La recurrente como SRECR estaba sujeta al régimen de supervisión, inspección y sanción de la LECR 25/2005 ex art. 48 b) de la misma, disponiéndose el art. 49-1 que: *“Las sociedades gestoras serán responsables en el ejercicio de su actividad de todos los incumplimientos de esta Ley y su normativa de desarrollo, respecto a las entidades que gestionen.”* Es por ello que, aunque las irregularidades contables se producen en el seno de INVERSEED, la responsabilidad por las mismas, se imputa, “ex lege”, a la recurrente como Sociedad Gestora.

Ya hemos visto que la SCR no formuló sus cuentas anuales 2011 dentro del plazo legal, ya que las iniciales tuvieron que ser reformuladas y, aun así, con omisión clara de obligaciones contables relevantes en cuanto que con ello se dejaban de reflejar pérdidas importantes en dicho ejercicio. También hemos dicho que los perjuicios a terceros, en este caso, no constituyen un elemento definidor del tipo sancionador, ya que remite a

obligaciones y deberes contables que gravitan sobre las ideas de información, publicidad y transparencia como instrumentos de protección de los inversores y, de ahí, que pese a que el 77% de las acciones de la SCR pertenezca a la Agencia IDEA, socio único de la SGEGR, también hay otro 23%, minoritario, cuyos derechos de información han sido conculcados por las irregularidades contables en la formulación de las cuentas anuales, sin olvidar la función supervisora de la CNMV de cara a comprobar que las cuentas anuales que se ponen a disposición del mercado reflejen la verdadera situación patrimonial y financiera de la entidad y sin que la opinión del auditor cerrada sin salvedades se constituya en causa excluyente de esta facultad supervisora y de la propia obligación en cumplimiento de la regularidad contable, específicamente marcada al caso de estas entidades.

Por otro lado nada se alega y acredita respecto de la obligación que tiene la recurrente como SGEGR en la vigilancia y control a su SCR en la correcta y temporal formulación de las cuentas anuales 2011.

10.- Se alude también en la demanda a la vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de la sanción a imponer y se defiende la consecuente necesidad de aplicar la cuantía mínima (6.001 € como cuantía inmediatamente superior a la correspondiente a una infracción leve) por inexistencia de agravantes y la concurrencia de las siguientes circunstancias atenuantes:

"a. Inexistencia de intencionalidad al haber empleado criterios contables previstos en la normativa de aplicación.

b. Inexistencia de un beneficio económico derivado de la presunta infracción imputada a la Gestora.

c. Inexistencia de reincidencia al no haber sido la Gestora sancionada por una cuestión similar con anterioridad.

d. Inexistencia de daños a los inversores o al sistema financiero en general dada la celeridad con que cualquier presunto error contable fue subsanado mediante la reformulación de las cuentas de la SCR correspondientes al ejercicio de 2011.

e. En su caso, subsanación de la infracción por iniciativa propia mediante la reformulación de las cuentas de la SCR correspondientes al ejercicio de 2011.

f. La colaboración en todo momento con la Comisión Nacional del Mercado de Valores." (sic).

El **art. 53.3 de la LECR 25/2005** establece:

"Tres. Por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

- a) *Multa por importe no superior a 150.000 euros.*
- b) *Multa por importe no superior a los beneficios fiscales obtenidos.*
- c) *Amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado."*

En la resolución sancionadora se justifica la opción por la primera de ellas, lo que no se cuestiona en la demanda.

El **art. 53-6 de la LECR 25/2005** establece que: "*Seis. Al objeto de graduación de las sanciones establecidas se atenderá, con las necesarias especialidades, a los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como los contenidos en el artículo 88 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva.*"

El **art. 131-3 de la LJR-PAC** dispone que: "*En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme".*

El **art. 88 de la Ley 35/2003**, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, establece que: "*Las sanciones aplicables en cada caso por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves se determinarán en base a los criterios recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y los siguientes:*

- a) *La naturaleza y entidad de la infracción.*
- b) *La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.*
- c) *Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
- d) *La importancia de la IIC correspondiente, medida en función del importe total del patrimonio o del capital.*
- e) *Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.*
- f) *La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.*
- g) *En caso de incumplimiento de los requisitos exigidos en el Título II, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener los niveles legalmente exigidos.*
- h) *La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecte, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años.*

- i) *La reparación de los daños o perjuicios causados.*
- j) *La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la misma haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados."*

En cuanto a la concreta cuantía de la multa impuesta (30.000 €) se indica en la resolución sancionadora que:

"En el presente caso si bien no se aprecian circunstancias que lleven a reforzar el reproche disciplinario, si cabe, por el contrario, apreciar como criterio que permita atenuar dicho reproche la circunstancia prevista en la letra h) del artículo anteriormente transcrito, esto es, la conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina, en el sentido de que la Gestora no ha sido sancionada con anterioridad. El resto de criterios no son de aplicación, bien por la naturaleza de la infracción, o bien porque no han concurrido." (sic).

Vemos por tanto que la propia Administración pondera aplicando la conducta anterior de la SGECR (circunstancia d) de las mencionadas en la demanda). En cuanto a las atenuantes que se citan bajo las letras a) b) c) e) en la demanda nos remitimos a lo ya señalado en el FJ antecedente, especialmente en sus dos últimos párrafos. En lo atinente a la colaboración mencionada bajo la letra f), la misma debería haber sido relevante en el esclarecimiento de los hechos investigados lo que no se argumenta, y de contrario el simple cumplimiento de la obligación de remisión de documentación no puede constituirse en atenuación cuando la actuación antijurídica se basa precisamente en conculcar el correcto deber de información en la previsión contenida en el art. 26 de la LECR, más aún si tenemos en cuenta que la obstaculización nos remitiría a una infracción muy grave y autónoma (art. 52.1 d) Constituyen infracciones muy graves: "d) *La ocultación de información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el entorpecimiento o resistencia a su actuación inspectora."*

Por tanto la multa impuesta es totalmente atemperada al caso, moviéndose dentro del rango inferior que permite la norma y sin problemas de retroactividad (hasta 150.000 €, siendo que en la nueva ley 22/2014, art. 97-1, para las infracciones graves, se prevé: "a) *Multa por importe de hasta el tanto del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción. En aquellos casos en que el beneficio derivado de la infracción cometida no resulte cuantificable, multa de hasta 150.000 euros"*).

El recurso ha de desestimarse.

11.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la sociedad **INVERSIÓN, GESTIÓN Y DESARROLLO DE CAPITAL RIESGO DE ANDALUCÍA, SGEIC, S.A.**, contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1- 3-2007) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio 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.