

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE
2007

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 684/05
Ponente: Don José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de octubre de 2005 que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 29 de junio de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 20 de septiembre de dos mil siete.

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 684/2005, se tramita, a instancia de "A.G., Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, S.A." y Don M.K., representados por el Procurador Don D.B.B., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 18 de octubre de 2005 (RA. 1053/05), sobre sanciones previstas en la Ley 24/1988, del Mercado de Valores y Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 66.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "A.G., S.G.I.I.C., S.A." y Don M.K., interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 23 de diciembre de 2005, y la Sala, por providencia de fecha 17 de febrero de 2006, 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.

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.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 11 de septiembre de 2007.

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 que demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ministro de Economía, de fecha 18 de octubre de 2005, que desestimó el recurso de "A.G., S.G.I.I.C., S.A." y Don M.K., hoy partes demandantes, contra la Resolución de la

Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 29 de junio de 2005, de imposición de sanciones.

La parte dispositiva de la Resolución de la CNMV de 29/06/2005, en lo que interesa al presente recurso, acordó:

A) Imponer a "A.G., S.G.I.I.C., S.A." las siguientes sanciones:

- Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento del artículo 83 del mismo texto legal, MULTA de 30.000 euros.
- Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 32.3 j) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por la suscripción y reembolso de participaciones de los fondos de inversión con incumplimiento de los límites y condiciones establecidos por el artículo 20.4 del mismo texto legal, MULTA de 15.000 euros.

.....

D) Imponer a Don M.K., Presidente y Consejero Delegado de "A.G., S.G.I.I.C., S.A.", las siguientes sanciones:

- Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 t) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el incumplimiento por parte de "A.G., S.G.I.I.C., S.A.", del artículo 83 del mismo texto legal, MULTA de 15.000 euros.
- Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 32.3 j) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con la suscripción y reembolso por parte de "A.G., S.G.I.I.C., S.A." de participaciones de los fondos de inversión con incumplimiento de los límites y condiciones establecidos por el artículo 20.4 del mismo texto legal, MULTA de 6.000 euros.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) Respecto de la infracción grave tipificada en el artículo 100 t) de la LMV: 1) existencia de separación entre las entidades del grupo y 2) inaplicabilidad del régimen sancionador de la LMV a la entidad en su condición de sociedad gestora de instituciones de inversión colectiva, y b) Inexistencia de infracción de lo dispuesto en el artículo 32.3 j) de la ley 46/1984.

El Abogado del Estado contesta que está acreditada la inexistencia de separación entre las distintas entidades del grupo de sociedades y las deficiencias en el proceso de suscripción y reembolso de participaciones de los fondos de inversión administrados, lo que constituye las infracciones que se describen en las Resoluciones impugnadas.

TERCERO.- La primera cuestión a decidir en el presente recurso, siguiendo el orden en el que aparecen en la demanda, es la relativa a la existencia de separación entre las entidades del Grupo e inexistencia de la infracción del artículo 83 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV).

Esta cuestión ha sido tratada por la Sala en sus sentencias de 6 y 18 de julio de 2007, dictadas en los recursos 669/08 y 663/05, a instancia de un Consejero de otra empresa

del grupo "A." ("A.P., AV, SA) y de la entidad "A.V., AV" y su Presidente y un Consejero, contra la misma Resolución a que se refiere el presente recurso.

Decíamos en nuestra sentencia de 18 de julio de 2007, sobre esta cuestión, que en el supuesto enjuiciado se ha acreditado que no se habían adoptado todas las medidas necesarias para impedir el flujo de información privilegiada, y que, como señala la Administración, no son medidas a elegir por cada operador, sino que están claramente predeterminadas en el artículo 83 de la Ley del Mercado de Valores.

Respecto de la inexistencia de barreras entre las actividades de intermediación y gestión, y entre éstos y el departamento comercial, la resolución impugnada establece claramente que:

"El Comité de Inversiones de "A.G.", compuesto por miembros de "A.G.", "A.P., A.V., S.A." (en adelante "A.P.") y "A.V.", incluido el Sr. N., Consejero Delegado de "A.P." y "A.V.", era el órgano responsable de la política de inversiones en "A.G.", necesitando el Responsable de Gestión de "A.G." la aprobación por parte de dicho Comité de sus líneas de actuación en sus decisiones de inversión, lo que supone por tanto un incumplimiento de la obligación establecida en el apartado c) del artículo 83.1 de la LMV. Asimismo, Don F.N.C., Consejero Delegado de "A.P." y de "A.V.", ha participado de forma muy activa en la actividad de "A.G.", ejerciendo no sólo poderes generales de gestión sino también de inversión, siendo el principal apoderado de la citada entidad, lo que implica el incumplimiento de lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 83.1 de la LMV".

Estos hechos no negados permiten constar que cualquier otra medida adoptada para evitar el flujo de información privilegiada devenía inoperante, e inexistente la autonomía en la adopción de decisiones de inversión por el departamento correspondiente, quedando así desprotegido el interés de los clientes del grupo y ello es constitutivo de la infracción, se hayan producido o no denuncias de los clientes de las entidades afectadas.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

CUARTO.- La parte actora sostiene que no puede ser sancionada por una infracción tipificada en la LMV, porque el régimen sancionador contenido en dicha norma no le es aplicable, pues en el listado de personas y entidades del artículo 84, apartados 1 y 2 LMV, no se incluyen las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva.

Sin embargo, la propia parte actora admite, al desarrollar este motivo de impugnación, que la LMV le resulta aplicable, como institución de inversión colectiva, y en particular, está sujeta al cumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 83 LMV a que se refiere el incumplimiento sancionado por la Administración. Siendo cierto lo anterior, no cabe duda de la aplicabilidad a la entidad recurrente del régimen sancionador de la LMV, como resulta del artículo 84.2, letra d) que incluye entre las personas y entidades sujetas al régimen de supervisión, inspección y sanción de la CNMV a *las restantes personas físicas o jurídicas, en cuanto puedan verse afectadas por las normas de esta Ley y sus disposiciones de desarrollo.*

QUINTO.- La parte actora niega la existencia de la infracción descrita en el artículo 32.3 j de la Ley 46/1984, Ley reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC), pues falta en su conducta el requisito de haber puesto en peligro cierto y grave o de lesión grave de los intereses de accionistas, partícipes o terceros y añade la parte actora que únicamente cabe sostener que su conducta constituye una infracción leve del artículo 32.2 LIIC.

La segunda de las sanciones se impuso como consecuencia de las deficiencias apreciadas en el proceso de suscripción y reembolso, apreciadas tras la visita de inspección efectuada por la Dirección de Supervisión de la CNMV; y en particular, porque la Gestora atendía las órdenes de reembolso de participaciones que efectuaban personas distintas del titular, sin que existieran documentos que acreditaran suficientemente que el partícipe facultó al tercero para actuar en su nombre y recibir el reembolso correspondiente.

La parte actora no niega los anteriores hechos en lo sustancial, alegando en su defensa que los inversores eran previamente clientes de "A.V.", puesto que habían suscrito con ésta contratos de gestión discrecional de carteras o puros contratos de intermediación, de modo que "A.V." tomaba directamente las decisiones de inversión o trasladaba a la recurrente las ordenes facilitadas por el cliente, pero no mediante el envío de la orden original firmada por el propio cliente, sino mediante la generación de otra orden firmada por un apoderado de "A.V."

Sin embargo, la parte actora no ha acreditado en forma alguna los hechos que alega. En particular, la parte actora no ha desvirtuado la afirmación efectuada en la Resolución impugnada relativa a que no existían documentos que acreditaran que el partícipe facultara al tercero para actuar en su nombre y efectuar el reembolso correspondiente, pues la recurrente ni siquiera ha solicitado el recibimiento a prueba en este recurso, para demostrar a la Sala que en los casos citados en la Resolución impugnada existía tal clase de contratos de gestión discrecional, de forma que evidentemente no podemos tener por probados los hechos afirmados en la demanda.

Tampoco comparte la Sala las alegaciones de la recurrente acerca de la inexistencia del requisito del artículo 32.3 LIIC de peligro cierto y grave o lesión grave de los intereses de los accionistas, partícipes o terceros. En este caso resulta que los reembolsos efectuados por la recurrente a persona distinta del titular, sin que conste la autorización del partícipe al tercero para actuar en su nombre y recibir el reembolso, suponían que el reembolso de las participaciones se hacía en cuentas ajenas al partícipe, en concreto, en cuentas de los comercializadores, "A.P." y "A.V.", de manera que las cantidades reembolsadas permanecían de forma transitoria en control de estos terceros y expuestas a los eventuales problemas de solvencia y financieros de los mismos, lo que supone un riesgo que, como señala la Resolución impugnada, los partícipes no tienen necesidad de correr, al menos sin que conste su expresa autorización. La Sala coincide también con la Resolución impugnada en la calificación de tal riesgo como de carácter grave, pues afecta al derecho al reembolso de las participaciones, que la entidad gestora debe garantizar íntegramente en todo caso, evitando cualquier conducta que lo dificulte.

Por las anteriores razones, procede la desestimación del presente recurso, con confirmación de la Resolución impugnada en los extremos examinados.

SEXTO.- 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 Administrativo.

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 "A.G., S.G.I.I.C., S.A." y Don M.K., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 18 de octubre de 2005, 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.