

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE MARZO DE 2006**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

Recurso nº: 45/04  
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo  
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía de 24 de noviembre de 2003  
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiuno de marzo de dos mil seis.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 45/04 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador de los Tribunales Don F.P.R., en nombre y representación de Don J.A.O., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por el Ministro de Economía el día 24 de noviembre de 2003, en materia relativa a Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 6.010 euros, siendo codemandada Doña P.F-F.S., representada por la Procuradora Doña S.A.G.. Ha sido Ponente la Magistrado Doña Mercedes Pedraz Calvo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia anulando el acto administrativo impugnado. Y *"para el caso de que no se estimara la anterior pretensión que se revise dicha Resolución en el sentido de que rebaje la tipificación de la infracción a grave, de conformidad con la Ley 35/2003 imponiéndose en cualquier caso la sanción en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad"*.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada contestó igualmente a la demanda, en escrito con fundamentación fáctica y jurídica suplicando *"tenga por efectuadas las anteriores manifestaciones"*.

**CUARTO.-** La Sala acordó recibir a prueba el recurso, no practicándose prueba alguna.

La parte actora y el Abogado del Estado, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar, respectivamente, lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO.-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 14 de marzo de 2006, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 24-XI-2003 por el Ministro de Economía resolviendo el expediente sancionador incoado entre otros a J.A.O. hoy actor, miembro del Consejo de Administración de la empresa G., SGIC, S.A. y por la que se acuerda:

*"3. Imponer a Don J.A.O. ...*

*-Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 32.4. e) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por incumplimiento por M. FIM del coeficiente de inversión mínima del artículo 18 del mismo texto legal, multa de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS)."*

**SEGUNDO.-** Se declaran probados los hechos recogidos por la Resolución impugnada que pueden resumirse como sigue:

1) La empresa G., S.G.I.I.C., S.A. Gestora fue inscrita en el registro administrativo correspondiente de la CNMV el 11 de septiembre de 1996, teniendo su domicilio social en la calle La Rábida 27, 2ª planta, de Madrid, ascendiendo su capital social a 601.012,10 euros (100.000.000 de pesetas).

Por lo que respecta a los accionistas de la Gestora, desde el 24 de septiembre de 1999 y hasta agosto de 2000, Don F.F-F.F. detento una participación del 74,5% correspondiendo el 25,5% restante a Don. J.L.M.Ch. (que mantiene esta posición hasta noviembre de 2000, en que vende su participación a Don A.G.S.). A partir de dicha fecha se inicia un cambio en el control de la Gestora, dándose entrada a dos nuevos accionistas. Don J.A.O. y Don A.G.S.. Desde el 7 de febrero de 2001, fecha en que el Sr. F-F rebaja su participación al 25%, el capital de la Gestora se encuentra distribuido de la siguiente forma:

### Tanto por ciento participación

Don J.A.O.	37,5%
Don A.G.S.	37,5%
Don F.F-F.F.	25%
<b>TOTAL</b>	<b>100%</b>

2) G. gestionaba únicamente, a la fecha que se refieren los hechos detectados en la visita de supervisión realizada por la CNMV relacionados a continuación, dos fondos de inversión, en concreto M. FIM y P. FIM. Las decisiones de inversión eran tomadas en cada fondo de forma independiente, en los comités que se celebraban semanalmente y a los que, respectivamente, asistían Don A.G.C., Don J.A.O. y Don A.F.C., de una parte, y Doña. P.F-F.S. y Don F.F-F.F., de otra.

3) La familia F-F. se encontraba vinculada, en la fecha a que se refieren los hechos a diversas empresas, entre otras las ahora recurrente, siendo propietaria de forma directa o indirecta, a través de otra de las empresas vinculadas, B.(sociedad admitida a cotización), de un 71,92% del fondo M. FIM. Además, el 14,95% de las participaciones de este fondo

son propiedad de clientes gestionados por G.V. SGC S.A. (también vinculada). En total, de los 98 partícipes que tiene el Fondo a 31 de agosto de 2001, 19 son vinculados a la familia F-F. y 10 son clientes gestionados por la SGC.

La persona que gestionaba M. FIM (Doña. P.F-F.), también tenía poderes en G.V. SGC S.A. y en B.C., S.A. (ambas entidades pertenecen cien por cien a la familia F-F.). Además, el grupo familiar es propietario del 68,87% de B., 31,16% a través de B.C. y el resto a título individual.

Con fecha 19 de julio de 2002, G.V. causó baja en el correspondiente Registro Administrativo de la CNMV y M. FIM se encuentra en disolución.

4) Según la información obtenida del Registro Mercantil, los nuevos accionistas de la gestora han acordado el ejercicio de una acción judicial de responsabilidad contra los anteriores administradores y la no aprobación de las cuentas anuales del ejercicio 2000.

5) Como consecuencia de las comprobaciones realizadas durante la visita de seguimiento realizada por la Dirección General de Entidades del Mercado de Valores de la CNMV a la Gestora ahora recurrente, sobre sus estados a fecha 31 de agosto de 2001, se pusieron de manifiesto, entre otros, los siguientes hechos relevantes:

A 31 de agosto de 2001, el coeficiente de inversión de M. FIM es del 68%, debido a que en julio de 1999 contrató un depósito a 10 años con Deutsche Bank AG, que a 31 de agosto de 2001 supone un 29% del patrimonio.

**TERCERO.-** Constituye un antecedente inmediato de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el pasado día 1 de septiembre de 2005 resolviendo el recurso 41/2004 interpuesto por la empresa G. S.G.I.I.C. S.A. Gestora.

La infracción sancionada mediante la resolución que ahora se impugna es el incumplimiento por el referido Fondo de Inversión (M. FIM) del coeficiente de inversión mínima que la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva regulaba en su artículo 18, al señalar que... *“Los FIM tendrán invertido, al menos, el 80% de su activo en valores de renta fija o variable admitidos a negociación en una Bolsa de Valores o, en los términos que autorice la CNMV, en otros mercados organizados y de funcionamiento regular”.*

En igual sentido el artículo 37 del Reglamento establecía sobre la inversión del patrimonio que *“El activo del Fondo, que aumentará o disminuirá en cualquier momento por la suscripción o reembolso de participaciones, estará invertido de la siguiente forma:*

*a) Un porcentaje promedio mensual de saldos diarios del activo del Fondo no inferior al 80% deberá ser invertido en valores e instrumentos financieros de los indicados en el artículo 17 de este Reglamento.*

*b) El resto de los recursos podrá invertirse además de en los valores a que se refiere la letra anterior, en los valores que contempla el artículo 17 bis y en los que gocen de especial liquidez según lo previsto en el artículo 49 de este Reglamento. El conjunto de las inversiones en valores*

*no cotizados señalados en el artículo 17 bis de este Reglamento y en otros activos distintos de los incluidos en su artículo 17 no podrá suponer más de 10 por 100 del activo del fondo. ..."*

Y, como se ha visto, según los hechos declarados probados el fondo en cuestión, a 31 de agosto de 2001 y con anterioridad, incumplía claramente dicho coeficiente de inversión, al ser el mismo de un 68%, lo que constituye una infracción muy grave del artículo 32.4 e) de la citada Ley (en adelante LIIIC) con arreglo al cual *"Son infracciones muy graves las acciones u omisiones, cualquiera que sea su naturaleza, que, quebrantando la legislación, pongan en gravísimo peligro o lesionen muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros o desvirtúen el objeto de las Instituciones. Tienen esta consideración: e) El incumplimiento del coeficiente de inversión mínima de los artículos 10 y 18 cuando no deba calificarse como infracción grave"*.

**CUARTO.-** El primer motivo de impugnación alegado por el recurrente se sustenta en falta de responsabilidad por el incumplimiento del coeficiente de inversión dado que la contratación del depósito que motivo el déficit del coeficiente mínimo de inversión se realizó en una fecha en la que el recurrente no era administrador de la sociedad. De este motivo se desprende el segundo: al no haber culpabilidad no hay responsabilidad y no procede imponer sanción.

Los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionador en cuanto ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado, hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede estar protegido en ambos ordenamientos, el penal y el administrativo, y sancionado en ambos. En los dos ordenamientos son de aplicación los principios de legalidad, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad, ne bis in idem, proporcionalidad etc. Pero el Tribunal Constitucional desde la sentencia 77/83, ha señalado que el implante de los principios del derecho penal en el derecho administrativo sancionador debe llevarse a cabo con cautela porque la aplicación de las garantías del proceso penal al procedimiento administrativo sancionador solo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza.

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de esta misma Sala en sentencias dictadas en recursos contra sanciones impuestas por la C.N.M.V., puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente.

La conclusión es que los administradores tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para

realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la ley.

Lo anterior no supone una responsabilidad objetiva, sino que la comisión de la infracción administrativa por la que se sanciona a los recurrentes se imputa al menos a título de culpa; en este caso, el actor tenía la obligación de comprobar el cumplimiento de las obligaciones legales impuestas a la empresa, entre ellas el cumplimiento del coeficiente de inversión, no constituyendo causa de exención de responsabilidad el hecho alegado de que cuando se enteró del déficit procedió a corregirlo.

El Tribunal Supremo ha resuelto que la existencia de conductas dolosas atribuibles a otras personas físicas o jurídicas, no excluye la responsabilidad de los administradores o directores, bien a título de dolo, bien a título de culpa, supuesto este último que se apreciará sobre una actuación de otro, a la que se ha llegado debido a la falta de diligencia de los que ostentan cargos de administración dirección; de tal forma que si éstos hubieran observado la diligencia exigible a una persona debidamente capacitada y preparada técnicamente para el desarrollo de sus funciones, las conductas infractoras de la entidad en que desempeñan sus funciones, no se habrían producido.

Esta actitud indiligente se produjo en el recurrente que, como se indica en el acto recurrido, Consejero de G. que por su responsabilidad debía conocer la actividad desarrollada por ésta en el día a día y estaba obligado a decidirla, pese a lo cual abandonó sus obligaciones, contribuyendo con su actitud omisiva al incumplimiento. El miembro del Consejo de Administración debe participar en la adopción de las decisiones, y para salvar su responsabilidad votar en contra o hacer constar su oposición.

En la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1999, el punto de partido sobre el que el Alto Tribunal alcanza la conclusión relativa a la no responsabilidad de determinados administradores es sustancialmente distinto: se afirma que *"la simple pertenencia al Consejo de Administración de una sociedad anónima podrá generar responsabilidad para sus miembros, que no hayan disentido del voto mayoritario, cuando los hechos infractores se tomen por dicho órgano colegiado, pero no, cuando tales actos ilegales son adoptados por otros órganos directivos, sin la participación de aquél Consejo –como así lo entendió el acuerdo impugnado en relación con miembros del de G.M. si, como ocurre en el presente caso, se trata de conductas, que por su naturaleza –simulación, falsedad, apropiación, indebida inversión- tienden a enmascararse, ocultarse o sustraerse al conocimiento de los mismos de aquél, por los que verdaderamente han sido sus autores"*.

En este caso, la naturaleza de la conducta es el incumplimiento de una concreta obligación que por otra parte, en el conjunto de la actividad de la empresa no solo era relevante, sino difícilmente ignorable por el Consejo de Administración.

Por lo expuesto, deben desestimarse ambos motivos de recurso.

**QUINTO.-** Se alega igualmente que es procedente la aplicación de la nueva Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva pretendidamente más favorable.

Como ya se indicó en el fundamento jurídico anterior, los principios rectores del derecho penal son de aplicación al derecho administrativo sancionador y entre ellos, el principio tradicional de la retroactividad de la Ley más favorable recogido en el antiguo artículo 24 del Código Penal, conclusión que resulta indudable una vez que dicho principio obtuvo el rango constitucional que deriva “a contrario sensu” del artículo 9.3 de la Constitución, tal y como reiteradamente ha tenido oportunidad de señalar el Tribunal Constitucional (SSTC 8/1981, 51/1985, 131/1986, entre otras muchas). Así, entre las garantías aplicables a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, debe entenderse sin duda, la garantía de retroactividad de las Leyes penales o sancionadoras más favorables, tal y como, por lo demás, se recoge, en el artículo 127.2 de la Ley 30/1992 al decir que *“las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor”*, al igual que el artículo 4.1, párrafo segundo del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto.

Ahora bien, la Sala no puede compartir la tesis propuesta por la recurrente que pretende hacer ver que la nueva Ley 35/2003 cambia sustancialmente la tipificación del incumplimiento del coeficiente mínimo de inversión, pues, frente a lo que por la demandante se alega, tanto en la antigua ley de 1984 como en la nueva Ley 35/2003, para atribuir a dicha infracción el carácter de muy grave resulta determinante el que se haya desvirtuado el objeto de la Institución de Inversión Colectiva o perjudicado los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, habiendo sido incluso ampliado el ámbito en este caso de las infracciones muy graves en la nueva Ley como resulta de la mera lectura comparativa del artículo 32.4 de la Ley 46/1984 (más arriba transcrito) y del nuevo artículo 80 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre (*“Infracciones muy graves”*)... e) El incumplimiento de los límites a la inversión o de los coeficientes de inversión mínima, ... continuando *“siempre de la Ley 46/1984 (más arriba transcrito) y del nuevo artículo 80 de la Ley 35/2003 de 4 de noviembre (“Infracciones muy graves”).*... continuando *“siempre que ello desvirtúe el objeto de la LIC o perjudique gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, y no tenga carácter transitorio”*. En la nueva regulación, y de nuevo frente a lo que en la demanda se alega, no se exige, a diferencia de en la Ley 46/1984, para la consideración de infracción muy grave que se ponga en gravísimo peligro o lesione muy gravemente los intereses de los accionistas, partícipes y terceros, sino que basta que el incumplimiento de los límites del coeficiente de inversión mínima perjudique gravemente tales intereses sancionándose, finalmente, en la nueva LIC la comisión de las infracciones muy graves con multas de cuantías muy superiores en el nuevo artículo 85 a las del artículo 32 de la Ley 46/1984 con arreglo al cual (apartado 5) fue sancionada la actora que, además, lo fue en el grado mínimo. Debe en consecuencia igualmente desestimarse este motivo de impugnación.

Finalmente, se alega la infracción del principio de proporcionalidad: la sanción impuesta se ajustó al artículo 32.5 de la Ley 46/1984, una vez tomados en cuenta los criterios recogidos en los artículos 14 y 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, aplicables en virtud de lo establecido por el propio artículo 32 (apartado 6) y en concreto una serie de circunstancias atenuantes a que se refiere la propia resolución impugnada, tales como la magnitud del perjuicio causado, la escasa importancia de la Gestora atendiendo al nivel de sus recursos propios así como el hecho de haber

terminado ésta adoptando las medidas pertinentes para la subsanación de las infracciones detectadas.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

**SEXTO.-** No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don J.A.O., contra la Orden del Ministro de Economía dictada el 24 de octubre de 2003 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.