

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE SEPTIEMBRE DE 2012

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

**Recurso nº:** 152/2011  
**Ponente:** D.ª Ana Isabel Resa Gómez  
**Acto Impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 4 de febrero de 2011 que confirma enalzada Resolución del Consejo de la CNMV de 18 de noviembre de 2010  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a diecinueve de septiembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 152/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido AHORRO CAPITAL SICAV S.A. y en su nombre y representación la Procuradora Sr. P.V., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 4 de febrero de 2011, relativa a sanción y siendo la cuantía del presente recurso de 2000€. Ha sido Ponente la Magistrado D.ª Ana Isabel Resa Gómez.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución indicada por medio de escrito presentado el día 8 de abril de 2011.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda. La actora presentó escrito, en el cual, con fundamento en los hechos y fundamentos jurídicos que deja expuestos terminó suplicando la estimación del recurso, y la anulación del acto administrativo impugnado.

**TERCERO-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma con fundamento en los hechos y alegaciones jurídicas que deja expuestos, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**CUARTO-** Solicitado y recibido el pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos, tras lo cual quedaron éstos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 18 de septiembre en el que se deliberó, votó y falló habiéndose observado en su tramitación todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 4 de febrero de 2011, por la que se desestima el recurso de alzada formulado contra resolución de la CNMV de fecha 18 de noviembre de 2010 por la que se acordó imponer a Ahorroc capital Sicav S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración una multa de 2000€ por la comisión de una infracción grave del artículo 81.a) de la Ley

35/2003 de 4 de noviembre de Instituciones de Inversión Colectiva, en relación con el artículo 31 del RD 1309/05, de 4 de noviembre por no haber presentado en plazo a la CNMV las cuentas anuales y el informe de auditoría correspondientes al ejercicio 2008.

**SEGUNDO-** Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso consistieron en que la Sociedad actora no remitió a la CNMV sus cuentas anuales e informe de auditoría del ejercicio 2008, ni en el plazo de cuatro meses establecido reglamentariamente, ni en los dos requerimientos sucesivos y posteriores del organismo supervisor.

Alega la actora como fundamento de su pretensión anulatoria, sin negar la existencia de retraso en el cumplimiento de los plazos, que la resolución impugnada a efectos de calificar la sanción no ha tenido en cuenta las específicas circunstancias concurrentes que motivaron el retraso en el cumplimiento y que debieron apreciarse a efectos de atenuar la sanción impuesta; la inexistencia de gravedad en la conducta a efectos de calificación de la sanción y la imposibilidad de aplicación de la responsabilidad objetiva por negligencia u omisión a los miembros del Consejo de Administración de la SICAV, cuando las actuaciones han sido siempre llevadas a cabo por el Secretario del Consejo de Administración, siendo meramente nominal el cargo del resto de los miembros de dicho órgano.

El Abogado del Estado partiendo del hecho indubitado del incumplimiento por la actora de su obligación legal de remitir en plazo a la CNMV las cuentas anuales y el informe de auditoría, a pesar de los requerimientos llevados a cabo por la Administración a tales efectos, sostiene que la entidad recurrente no contaba con auditor antes de la finalización del ejercicio 2008 por su propia y exclusiva negligencia, ya que habiendo finalizado el contrato que mantenía con el anterior auditor en 2007, no realizó gestión alguna hasta octubre de 2009 para proceder al nombramiento de uno nuevo, por lo que habiendo incurrido en una infracción clasificada como muy grave y no como leve y no habiendo demostrado ninguno de los administradores haber actuado con la diligencia exigible para evitar la comisión de la infracción o, al menos, para salvar su responsabilidad, la resolución impugnada resulta conforme a derecho, por lo que debe confirmarse.

**TERCERO-** La normativa que resulta aplicable al presente supuesto viene constituida por la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva de 4 de noviembre de 2003 que en su artículo 81.1 a) dispone que son infracciones graves: El incumplimiento de las obligaciones de remisión de información previstas en esta Ley.

A su vez el artículo 86 establece que por la comisión de infracciones graves se impondrá a la entidad infractora una o más de las siguientes sanciones ...b) 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€... 3. Además de la sanción que corresponda a la entidad, por la comisión de infracciones graves podrá imponerse una de las siguientes sanciones a quienes ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables con arreglo al artículo 89...c) Multa a cada uno de ellos por importe no superior a 150.000€.

El artículo 89.1 dispone que quien ejerza en la entidad cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando estas sean imputables a su conducta dolosa o negligente...

**CUARTO-** A la vista de lo expuesto ha quedado acreditado que la actora incurrió en la conducta imputada de incumplimiento de su obligación de remitir a la CNMV la información y documentación prevista en la Ley, y que fue exigida por dos veces a través de sendos requerimientos, infracción que a tenor de lo establecido en el artículo 81 de la LIIIC debe calificarse como grave y no como leve, ya que ésta última queda reservada para la remisión, fuera de los plazos fijados reglamentariamente, de la información que las instituciones y sus gestores han de rendir de acuerdo con lo preceptuado en esta Ley. Es decir no se trata de un mero retraso sino de un incumplimiento, corroborado porque se ha acreditado en el expediente administrativo que la actora conoció y desatendió los sucesivos requerimientos de la CNMV en petición de la información financiera, posteriores al previo incumplimiento por ella del plazo legal para su remisión, pues como la propia actora reconoce conoció de los requerimientos del organismo supervisor a ella dirigidos al domicilio social de la Gestora, aunque fuera por vía de que ésta se los reenviara a su propio domicilio social.

Por otra parte nos encontramos con que la información no remitida tiene naturaleza especialmente relevante, pues las cuentas anuales auditadas constituyen la información contable y financiera más importante para las IIC a efectos de facilitar públicamente datos sobre su situación, resultados actividad y marcha general de sus asuntos y que el retraso fue tal, -30 de octubre de 2009- prácticamente transcurrido ya el siguiente periodo anual de rendición.

Además y en cuanto a la responsabilidad de los administradores señalar que son éstos los que tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables de la misma a menos de que acrediten que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley y no se trata de una responsabilidad objetiva como afirma la actora sino basada en la culpa o negligencia, considerada como la falta de previsión de lo que se debió prever y en la falta de la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, pues en definitiva fue la falta de dicha diligencia la que motivó que se produjese el hecho constitutivo de la infracción. Frente a ello destacar que la obligación de formular las cuentas anuales de la SICAV, someterlas a auditoria externa y remitir a la información a la CNMV no es de la Gestora sino de la propia SICAV y sus administradores los cuales no han acreditado haber actuado con la diligencia debida o haber salvado su responsabilidad o la existencia de un caso fortuito o fuerza mayor.

Finamente y dado el tope máximo de la sanción, hasta 150.000€, esta Sala considera que el importe impuesto 2.000€ resulta proporcionada al haberse impuesto en su grado mínimo.

**QUINTO-** De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho, sin que se aprecien 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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de AHORROCAPITAL SICAV, S.A. contra la resolución dictada por la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 4 de febrero de 2011, 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.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.