

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 16 DE OCTUBRE DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 374/04
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministro de Economía de 12 de marzo de 2004 que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 22 de septiembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 16 de octubre de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 374/2004, se tramita, a instancia de "A.R. II, S.A.", representada por la Procuradora D^a R.S.M., contra la Resolución del Ministro de Economía, de fecha 12 de marzo de 2004, sobre expediente sancionador por infracciones de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva y de la Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 36.060 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "A.R. II, S.A." interpuso recurso contencioso administrativo contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 2 de septiembre de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 8 de octubre de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 10 de octubre de 2006.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra Resolución del Ministro de Economía de 12 de marzo de 2004, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por "A.R.F., SGIIC, S.A.", hoy parte actora en este recurso con la denominación

social indicada de "A.R. II, S.A.", contra la Resolución adoptada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), en su reunión de 22 de septiembre de 2003, que puso fin a un expediente sancionador y cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

Imponer a la sociedad "A.R.F., SGIIC, S.A.":

- 1. Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3 letra c) de la LIIC por haber invertido "S.R.V. FIM", en el mes de octubre de 2000, más del 15% de su activo en valores emitidos o avalados por entidades pertenecientes a un mismo grupo, multa por importe de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE.*
- 2. Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3 letra c) de la LIIC por haber invertido en el mes de octubre de 2000 "S.R.V. FIM", más del 40% de su activo en valores emitidos o avalados por entidades en los que supera el 5% multa por importe de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE.*
- 3. Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 t) de la LMV por carecer "S.G., S.A., SGIIC" de los medios adecuados que permitan realizar su actividad y controlar los riesgos de la forma más eficiente, multa por importe de 9.015 euros (NUEVE MIL QUINCE EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE.*
- 4. Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 t) de la LMV por no dar prioridad, en situaciones de conflicto de interés, a los intereses de los partícipes de los fondos de inversión gestionados, de conformidad con lo establecido en el artículo 79 b) de la LMV, multa por importe de 9.015 euros (NUEVE MIL QUINCE EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE.*
- 5. Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3 J) de la LIIC por no adoptar "S.G., S.A., SGIIC" los controles que garanticen que las suscripciones y reembolsos de participaciones de los Fondos de Inversión tienen lugar con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias, multa por importe de 6.010 euros (SEIS MIL DIEZ EUROS) y Amonestación Pública con publicación en el BOE.*

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) nulidad de pleno derecho o subsidiariamente anulabilidad de la resolución sancionadora de 22 de septiembre de 2003, por falta de motivación, e infracción por la CNMV del fundamento de la potestad sancionadora, b) sobre las infracciones imputadas expone la recurrente: 1) las dos primeras no pueden ser tipificadas como infracciones graves, por ausencia de perjuicio o peligro para los intereses de partícipes, accionistas o terceros, 2) niega los hechos constitutivos de la tercera infracción, 3) niega la existencia de un conflicto de intereses entre los clientes de la gestora y de la Agencia en la cuarta infracción, que además es excesiva y 4) considera respecto de la quinta infracción que carecen de trascendencia las deficiencias detalladas por la CNMV, que debieron ser sancionadas como falta leve en todo caso, y c) infracción del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado contesta que no es verdad que la Resolución impugnada no haya valorado la revocación de la autorización a la sociedad recurrente, pues se hace constar que se produjo a petición de ella misma, sin que tal renuncia suponga exclusión a la potestad sancionadora, en cuanto a los hechos constitutivos de las infracciones,

considera el Abogado del Estado que los mismos quedan acreditados en el expediente administrativo y que se han ponderado todas las circunstancias concurrentes por lo que las sanciones no resultan desproporcionadas.

TERCERO.- La primera cuestión a decidir en el presente recurso es la relativa a la falta de motivación.

La motivación que exige el artículo 54 b) de la ley 30/1992, de 26 de noviembre (LRJ-PAC) en los actos que resuelven recursos administrativos, consiste en hacer públicas o indicar las razones de hecho y de derecho que fundamentan la Resolución.

En nuestro caso, la Resolución del Ministro de Economía, impugnada en estos autos, está suficientemente motivada, pues contiene una exposición clara de los hechos y unos razonamientos jurídicos, divididos en 6 fundamentos de derecho, que examinan y contestan las alegaciones que la parte actora había efectuado en su recurso de alzada.

En realidad, bajo la calificación de falta de motivación, la parte actora advierte que la Resolución impugnada no entra a valorar la existencia de un segundo procedimiento de revocación-sanción incoado por la CNMV. Así pues, parece que lo que la parte actora imputa a la Resolución impugnada no es una falta de motivación, sino la falta de valoración de uno de sus argumentos para obtener la anulación del acto de la CNMV impugnado, y así consideradas las cosas, debe tenerse en cuenta que es doctrina constitucional reiterada, así en Auto del TC 256/05, de 20 de junio, que el deber de motivación no exige una exhaustiva y pormenorizada argumentación de todos los aspectos planteados por las partes, bastando con que los razonamientos en que el órgano judicial funda su decisión permitan conocer la *ratio decidendi* o los criterios esenciales determinantes del acto.

A lo anterior se une que ni siquiera es cierto que la Resolución impugnada deje sin valorar lo que la parte recurrente denomina "*segundo procedimiento de revocación-sanción*", sino que se ocupa del tema en el segundo de sus fundamentos jurídicos, en el que explica que la recurrente parte de un hecho que no se ajusta a la realidad, cual es la existencia de dos procedimientos sancionadores, porque tan sólo ha existido un procedimiento sancionador, que es el que finalizó con la Resolución de la CNMV de imposición de sanciones que se encuentra en el origen del presente recurso, mientras que el procedimiento que culminó con la baja de la sociedad recurrente del Registro de Sociedades Gestoras de Instituciones de Inversión Colectiva (Registro de SGIIIC), no es un procedimiento sancionador, porque la citada baja se produjo a petición propia, como consecuencia del acuerdo adoptado en su Consejo de Administración de 22 de mayo de 2003 y en su Junta General de 25 de julio de 2003.

En efecto, no cabe confundir la revocación de una autorización por renuncia expresa a la misma del interesado que la revocación como medida sancionadora acordada por la Administración en el ejercicio de la potestad disciplinaria. La Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), distingue perfectamente ambos supuestos, pues por un lado establece en su artículo 73.2 que la autorización concedida a una empresa de inversión puede ser revocada por renuncia expresa de la misma a la autorización, mientras que, por otro lado, y dentro del Título VIII, Capítulo II, dedicado a las Infracciones

y Sanciones, el artículo 102, letra d) LMV, prevé la revocación de la autorización como sanción por falta muy grave.

CUARTO.- Mantiene la parte actora que la sanción impuesta persigue unos fines distintos de los que fundamentan el ejercicio de la potestad sancionadora, por la renuncia voluntaria de la sociedad Gestora.

Sin embargo, que la sociedad recurrente haya dejado de operar en el mercado de las empresas de inversión no priva de fundamento a la potestad disciplinaria de la Administración por hechos anteriores al abandono de dicho mercado, como pretende la demanda, o dicho de otra manera, la baja a iniciativa propia del Registro de SGIC de la demandante, no tiene efectos retroactivos, ni opera como una especie de causa de exoneración de responsabilidad y por ello no impide a la CNMV la sanción de las infracciones que hubieran sido cometidas cuando la recurrente actuaba como Sociedad Gestora. Como afirma el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, pretender que la renuncia de una sociedad a su condición de Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva la exonera de responsabilidad y, en consecuencia, le exime del pago de las sanciones pecuniarias derivadas del incumplimiento de normas de obligada observancia, supondría la legitimación de una vía para eludir el cumplimiento de la ley.

QUINTO.- Respecto de las dos primeras sanciones, por infracciones graves del artículo 32.3 letra c) de la ley 46/1984, de 26 de diciembre, que regula las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC), por exceso de inversión sobre los coeficientes del artículo 4 LIIC, el demandante no niega que se hayan producido los excesos de inversión, y en las cuantías y porcentajes que indica la Resolución sancionadora de la CNMV, sino que considera que incumple el requisito de que la acción u omisión ponga en peligro cierto y grave o lesiones gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros, tal y como exige el artículo 32.3 LIIC, por lo que, por falta de dicho elemento del tipo infractor, entiende que los hechos deben ser calificados como faltas leves.

Sin embargo, en el caso de los excesos de inversión sobre los coeficientes del artículo 4 LIIC, el requisito de peligro cierto y grave para los accionistas, partícipes o terceros aparece objetivado en la norma, de suerte que de acuerdo con el artículo 32.2 letra d) si el exceso tiene carácter transitorio y no excede del 20% de los límites legales, la infracción debe considerarse como leve, mientras que en otro caso –esto es, si el exceso no tiene carácter transitorio o excede del 20% de los límites legales- debe ser la infracción calificada como grave, de acuerdo con el artículo 32.3 letra c), antes citada.

En la medida en que los excesos de inversión sobre los coeficientes del artículo 4 LIIC, que no han sido negados por el recurrente, tanto en lo que respecta al límite del 15% como al del 40%, son superiores al 20%, tales hechos deben calificarse como infracciones graves del artículo 32.3 letra c) LIIC.

SEXTO.- La demanda niega los hechos constitutivos de la infracción grave del artículo 100 t) de la LMV, consistentes según la CNMV en carecer “S.G., S.A., SGIC”, de los medios adecuados que permitan realizar su actividad y controlar los riesgos de la forma más eficiente.

Para la Sala resulta acreditado por el acta de inspección realizada por la Dirección General de Supervisión de la CNMV, de fecha 31 de octubre de 2000 (folios 40 a 61 del expediente), que la sociedad Gestora carecía de medios materiales para realizar su actividad y controlar los riesgos de forma más eficiente así, en primer término, la Gestora carecía de oficinas para el desarrollo de su actividad y utilizaba unas oficinas de "A.R., S.A.", sin pagar ningún arrendamiento, además, los estados de posición no eran remitidos a los partícipes por la Gestora, ni por el depositario, sino por los comercializadores de los fondos, "A.R., S.A." y Banca Pueyo, con la circunstancia añadida, en el caso de "A.R." que no sólo remitía a los partícipes los estados de posición, sino que además los elaboraba, con los riesgos derivados de la falta de supervisión y control que ello comporta.

En cuanto a la tipificación de los hechos, resulta del artículo 79, letra d) LMV para las empresas de servicios de inversión, las Entidades de Crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, la obligación de disponer de los medios adecuados para realizar su actividad y tener establecidos los controles internos oportunos para garantizar una gestión prudente y prevenir los incumplimientos de los deberes y obligaciones que la normativa del mercado de valores les impone, calificando el artículo 100, letra t) LMV como infracción grave la infracción de las normas de conducta establecidas en el título VII de esta ley, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior.

SÉPTIMO.- La cuarta infracción consistió en el incumplimiento de la obligación de priorizar los intereses de los clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos, en los casos de conflicto de interés. Resulta acreditado por la citada acta de inspección, sin que se nieguen en la demanda los hechos, que todas las operaciones financieras realizadas para los fondos son intermediadas por "A.R., Agencia de Valores", que al no ser miembro de la Bolsa, tiene que transmitir las órdenes a un intermediario miembro para su ejecución, lo que supone un incremento de los gastos que soportan los fondos de inversión, que se ahorraría si la Gestora diera la orden directamente al intermediario que ejecuta la operación.

Además de ello, la Agencia de Valores percibe unos ingresos procedentes de la retrocesión de comisiones de intermediación, realizada a su favor por los miembros del mercado, sin que dicha retrocesión se reintegre ni se informe de ella a los partícipes.

También consta en el expediente, sin que sea negado por la recurrente, que la Gestora realizó operaciones en los meses de octubre y noviembre que, en síntesis, consistieron en la compra de títulos de obligaciones por un precio y venta inmediata por un precio superior, a tres fondos de inversión gestionados por la Gestora, con unos beneficios en las operaciones descritas de 6.010,12 euros, 13.796,24 euros, 14.116,53 euros y 13.703,08 euros.

De esta manera se incumple el artículo 79, letra b), que impone a las empresas de servicios de inversión, las Entidades de Crédito y las personas o entidades que actúen en el mercado de valores, la obligación de organizarse de forma que se reduzcan al mínimo los riesgos de conflicto de interés y, en situación de conflicto, dar prioridad a los intereses

de sus clientes, sin privilegiar a ninguno de ellos. El incumplimiento de dicha obligación está tipificado como infracción grave por el artículo 100 t) la LMV.

OCTAVO.- La quinta infracción grave del artículo 32.3 J) se refiere a la falta de adopción de los controles que garanticen que las suscripciones y los reembolsos de participaciones de los fondos de inversión tienen lugar con arreglo a las disposiciones legales y reglamentarias. Considera la demanda que las deficiencias detalladas en la Resolución sancionadora tuvieron escasa trascendencia y no lesionaron los intereses de partícipes o terceros, por lo que debieron ser sancionados los hechos como falta leve en todo caso.

Se tienen por reproducidos los hechos constitutivos de esta infracción, tal y como se recogen en la Resolución sancionadora, pues no son negados por la demanda, que se limita a calificarlos de deficiencias y a considerar que por la falta de riesgo o perjuicio debieron ser calificados como falta leve.

Sin embargo, no puede calificarse como simple deficiencia algunos de los incumplimientos relatados en la Resolución sancionadora, como la ausencia desde 1999 de cualquier tipo de comprobación por la Gestora tendente a verificar que el procedimiento de suscripción y reembolso es el adecuado, así como la delegación de funciones, no prevista en la legislación vigente, de todas las funciones de supervisión y control del procedimiento de suscripción y reembolso en las entidades comercializadoras, y la existencia de operaciones de reembolso realizadas por terceras personas, en la mayoría de los casos "A.R.", distintas del partícipe, en las que no queda suficiente constancia de que el partícipe haya autorizado al tercero para actuar en su nombre y recibir el reembolso correspondiente. En las OPV de Recoletos y Telefónica Móviles, "A.R." solicitó por cuenta de los clientes que acudieron a dichas OPV reembolsos de participaciones de "S.R.V., FIM" de forma masiva, para atender la demanda, que superaban el saldo que los partícipes tenían en el fondo de inversión, no obstante lo cual la Gestora ordenó al depositario el pago del importe total solicitado por la Agencia de Valores, lo que ocasionó perjuicios a los partícipes de los fondos, que soportaron los costes de financiación y originaron una situación permanente de peligro para los partícipes, al no poder los depositarios ejercer de forma correcta su función de control.

NOVENO.- Sostiene la parte actora, en el último apartado de su demanda, que la Resolución impugnada ha omitido la aplicación de buena parte de los criterios que deben tenerse en cuenta en el momento de determinación de las sanciones, de acuerdo con el artículo 14 de la LMV, y que deben apreciarse las sanciones en su grado mínimo.

Sin embargo, como el propio demandante admite, la sanción ha tenido expresamente en consideración los criterios de la magnitud de los perjuicios causados y la subsanación de las deficiencias.

Respecto de la pretensión actora de que se aprecien las sanciones en su grado mínimo, debe decirse que la Resolución impugnada ya impuso las sanciones en dicho grado mínimo. En efecto, hemos visto que la Resolución de la CNMV que puso fin al expediente sancionador impuso 5 sanciones, de ellas tres de 6.010 euros cada una, por infracciones graves de la LIIC, y las otras dos, de 9.015 euros cada una, por infracciones de la LMV.

Las tres sanciones por infracciones graves de la LIC, se impusieron con arreglo a las previsiones del artículo 32.5 de dicho texto legal, que prevé que las multas correspondientes a las infracciones graves pueden alcanzar la cuantía de hasta 10.000.000 pesetas, de forma que las tres multas impuestas en este caso, de 6.010 euros cada una, se encuentran en la parte inferior o grado mínimo, y lo mismo cabe decir respecto a las dos sanciones por infracciones graves de la LMV, pues el artículo 103, letra b) LMV, en la redacción vigente en el momento de los hechos que era la dada por la disposición adicional 9.7 de la ley 3/1994, de 14 de abril, determina que las cuantías de las multas correspondientes a las infracciones graves puede alcanzar 25.000.000 pesetas, por lo que las dos sanciones de 9.015 euros cada una se encuentran igualmente en la parte inferior o grado mínimo.

DÉCIMO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "A.R. II, S.A.", contra la Resolución del Ministro de Economía, de fecha 12 de marzo de 2004, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por 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.