

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 13 DE  
MAYO DE 1998**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª**

Recurso nº: 281/1996  
Ponente: Dña. Inés Huerta Garicano  
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 10 de mayo de 1995 confirmada en vía de recurso ordinario por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 1995.  
Fallo: Parcialmente estimatorio

En la Villa de Madrid a trece de mayo de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso administrativo nº 281/96, interpuesto por el Procurador Don J.L.P.M.S., actuando en nombre y representación de "B.P.M.E., S.A", contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por el Excmo. Sr. Ministro (O.M. 22/7/85)- de 24 de noviembre de 1995, en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 10 de mayo del mismo año, por la que se le impone una multa de 2.500.000 ptas. por la comisión de una infracción grave tipificada y sancionada en los arts. 32.3 y 32.5 de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión colectiva.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase las resoluciones impugnadas.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó la desestimación del recurso.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba y formulado escrito de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 12 de mayo de 1998, teniendo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Vistos los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. D<sup>a</sup> Inés Huerta Garicano.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si las resoluciones impugnadas por las que se impone a la mercantil recurrente una sanción por infracción administrativa grave por incumplimiento de la obligación de inspección y control de los Fondos de Inversión gestionados por "B, S.G.I.I.C., S.A.", son o no conformes a derecho.

Las alegaciones en las que la parte actora funda, básicamente, su pretensión impugnatoria son:

a) A la aquí recurrente se le ha sancionado por su falta de vigilancia y control en las actividades de la gestora de los fondos "B", -de la que "B.P.M.E. S.A." es depositaria-, sancionada, también, por incumplimiento de los coeficientes de inversión obligatoria y liquidez del producto financiero "S.B., FIM", por endeudamiento antirreglamentario durante cinco días del mes de diciembre (durante los que recibió financiación de la actora) y por incumplimiento de obligaciones de carácter contable y patrimoniales, todo ello con base en el art. 29 de la LIIIC y 56 de su Reglamento. Tal imputación supone una aplicación solidaria del ordenamiento, intolerable en el ámbito sancionador y, desde luego, carente de cobertura formal en los arts. mencionados que, evidentemente, contemplan un supuesto de auténtica negligencia por parte de la depositaria de los fondos, cuando no de un dolo específico, mientras que aquí por unos incumplimientos inexistentes o, en su caso, meras infracciones formales sin trascendencia se impone una sanción a la recurrente.

b) La interpretación realizada por la Administración para calificar de grave la infracción imputada a la actora es inaceptable, pues para que se produzca una de las conductas tipificadas en el art. 32.3 de la LIIIC es preciso además de realizar la conducta descrita en el tipo, que haya producido los efectos descritos en la norma: peligro o lesión grave de los intereses, algo que aquí no ha sucedido. Incluso, si se aceptara, a efectos meramente dialécticos, la tesis de la Administración de que basta con la realización de la conducta descrita en el tipo para calificar de grave la infracción, como quiera que el apartado j) –con base en el cual se la sanciona- no describe ninguna conducta, será preciso que la Administración demuestre -algo que no ha hecho- que ese supuesto incumplimiento de la obligación de vigilancia ha puesto en peligro cierto y grave, o ha lesionado gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros.

c) Por último, y en todo caso, el expediente que ha concluido con la sanción aquí impuesta - consecuencia de la causa penal instruida por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Barcelona, abierta como consecuencia de una querrela entablada por antiguos empleados de la actora, y que ha quedado reducida a una imputación a tres administradores de la mercantil recurrente por supuesta cooperación necesaria en un delito fiscal imputado a determinados inversores- no tiene otra finalidad que justificar "a posteriori" una "enérgica" actuación de la CNMV, lo que supone una auténtica desviación de poder.

SEGUNDO.- Las Resoluciones impugnadas se han dictado en el curso de un procedimiento sancionador iniciado -por Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 26 de enero de 1994- como consecuencia de las actuaciones inspectoras realizadas durante el mes de diciembre de 1993 a "B., S.G.I.I.C., S.A." -para comprobar la posible emisión de participaciones al portador en los fondos "MD., FIAMM" y "MV., FIM", "B.F., FIM", "S.B., FIM" y "M.U.D. FUND" de la SICAV luxemburguesa "ME"-, cuya cabecera es la mercantil hoy recurrente, designada como depositaria de los fondos de inversión gestionados por aquélla, dividido en dos partes -en virtud de Acuerdo del Consejo de la CNMV de 19 de abril de 1995-, una relativa a los hechos constitutivos de infracciones muy graves y otra relativa a los hechos que se consideraban constitutivos de infracciones graves o leves.

La primera parte concluyó con dos Ordenes del Ministerio de Economía y Hacienda de 29 de mayo de 1995, por las que, respectivamente, se imponía a la hoy actora sendas multas de 25.000.000 y 2.500.000 ptas. por la comisión de las infracciones tipificadas en el art. 32.4.g) y m) de la Ley 46/84 y a "B. S.G.I.I.C., S.A." con multas de 25.000.000, 2.500.000 y 500.000.

La segunda parte finó con dos Resoluciones del Consejo de la CNMV de 10 de mayo de ese mismo año, por las que, respectivamente, se sancionaba a la hoy actora con una multa de 2.500.000 ptas. por la comisión de la infracción grave tipificada en el art. 32.3.j) de la Ley 46/84 en relación con los arts. 56.b) de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1303/90 y Primero.b) y c) de la Orden de 30 de julio de 1992, y a "B. S.G.I.I.C., S.A." con tres multas de 10.000.000, 500.000 y 100.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves y una leve.

La Resolución aquí impugnada es la de 10 de mayo de 1995 que sanciona a la hoy actora por incumplimiento, como depositaria, de la obligación de inspección y control de las actividades realizadas por "B., S.G.I.I.C.,S.A." en orden a la observancia de los coeficientes y criterios de inversión previstos en los arts. 4, 17, 37 y 49 del Real Decreto 1393/90 (por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva), al nivel de endeudamiento y a la supervisión de los criterios utilizados por la Gestora para el cálculo del valor liquidativo de las participaciones del fondo de inversión y de comunicación de las anomalías a la CNMV, obligaciones todas ellas impuestas en el art. 56.b) del expresado Reglamento en relación con el art. 29.1 de la Ley 46/84 y art. Primero. I. b).c) y.5 de la Orden de 30 de julio de 1992, de desarrollo del referido Reglamento, sobre precisión de las funciones y obligaciones de los Depositarios, Estados de Posición y Participaciones significativas en Instituciones de Inversión Colectiva.

De la documentación obrante en el expediente administrativo queda acreditado que el coeficiente de inversión del fondo "S.B. FIM" durante los meses de enero a noviembre de 1993 no alcanzó el 80% del activo, si bien, sin computar, dentro del citado coeficiente de inversión, las imposiciones a plazo fijo.

Igualmente, el coeficiente de liquidez en el mes de marzo del ejercicio 1993 es inferior al 3%. Estos coeficientes de inversión y de liquidez suponen un incumplimiento de lo dispuesto en el art. 18 de la L.I.I.C. y 17 de su Reglamento, extremos que nunca han sido negados por la actora, por lo que, viniendo obligada por el art. 56 del Reglamento en relación con el art.

Primero l.b) y.5 a comunicar por escrito a la CNMV cualquier anomalía en la gestión o administración de los Fondos de Inversión, la falta de comunicación de tales anomalías – sean o no constitutivas de infracción administrativa- supone un claro incumplimiento de la referida obligación.

El segundo incumplimiento que se le imputa es no haber comunicado a la CNMV el índice de endeudamiento de la Gestora durante cinco días del mes de diciembre -6,27% del activo del fondo-, comunicación a la que venía obligada, en primer término, la Gestora, con arreglo a lo establecido en el art. 10.4.III del Reglamento, pero también la hoy recurrente, conforme a lo establecido en los antecitados preceptos. El hecho de que esa situación transitoria de endeudamiento se produjera, temporalmente, coincidiendo con la visita de inspección no evidencia, en modo alguno, que la actora haya cumplido su obligación de comunicar por escrito a la CNMV ese endeudamiento transitorio, pues la inspección no supone intervención de las operaciones de la inspeccionada, y, consiguientemente, no implica, necesariamente, que los inspectores estén al corriente de toda la actividad.

En todo caso, no puede olvidarse que la actora, en su condición de depositaria de los Fondos de Inversión de la Gestora, viene legalmente obligada a realizar una función de supervisión de las operaciones realizadas por aquélla y a comunicar formalmente cualquier anomalía o incumplimiento de la normativa aplicable.

Por último, existen claras infracciones en orden a los criterios valorativos utilizados por la Gestora: a) El valor liquidativo, a efectos de la asignación de participaciones, en las suscripciones y reembolsos de los fondos “MD., FIAMM”, “MV., FIM” y “MF., FIM” corresponde al valor del patrimonio existente dos días antes de la fecha valor de abono del importe de la suscripción en la cuenta corriente de cada Fondo, o de fecha de solicitud del reembolso. Sin embargo, el art. 42.3 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva dispone que, a efectos de fijar el precio de suscripción y reembolsos de las participaciones, el patrimonio podrá valorarse a los cambios bursátiles, o sus equivalentes, correspondientes al día hábil anterior a la solicitud, al mismo día o al siguiente. Defecto valorativo que ha sido reconocido por la Gestora y que subsanó a partir del 10 de febrero de 1994; b) Incumplimiento del art. 43.1 del Reglamento en relación con la Norma g de la Circular 7/90, de la CNMV en cuanto a la valoración de “E”.; c) Incorrecciones valorativas en BONOS AUSTRIA, BONOS INTERAMERICAN DEVELOPMENT BANK y “S.B., FIM” (Normas 6ª y 10ª de la Circular 7/90), reconocidas por la propia Gestora; d) Incorrecciones (Normas 6ª y 10ª de la Circular 7/90) al valorar los activos de “S.B., FIM” utilizando las cotizaciones correspondientes al día siguiente de la fecha de la operación, también reconocidas por la Gestora; e) Los rendimientos de las imposiciones a plazo fijo realizadas por “S.B., FIM” se registran el día de vencimiento de cada operación, no periodificándose durante la vida del activo, tal como exige la ya citada Circular 7/90.

La hoy recurrente, como Depositaria de los Fondos, venía obligada -art. Primero.l.c) de la Orden de 30 de julio de 1992-, a supervisar los criterios utilizados por la Gestora para el cálculo del valor liquidativo de las participaciones de los Fondos y a comunicar por escrito a la CNMV cualquier anomalía detectada. La no observancia de los criterios valorativos

exigidos, con carácter necesario, por la CNMV constituye una clara anomalía, luego la recurrente, o bien incumplió su obligación de supervisión, o realizada aquélla, incumplió la obligación de comunicar formalmente a la CNMV las incorrecciones detectadas.

Resumen y corolario de cuanto antecede es que -al margen de que las conductas que se imputan a "B., SGILC" sean o no constitutivas de infracción administrativa, extremo ajeno a este proceso- "B.P.M.E, S.A." incumplió las obligaciones de vigilancia y control que le incumbían respecto de aquélla y de comunicación a la CNMV de las anomalías existentes (art. 29.1 de la Ley 46/84 en relación con el artículo 56.b) del Real Decreto 1393/90 y art. Primero.l.b),c).5 de la Orden de 30 de julio de 1992). Tales incumplimientos integran una infracción administrativa -art. 32 de la citada Ley 46/84- que puede ser leve, grave o muy grave, imputable a la hoy demandante -culpa "in vigilando"-, sin que haya desvirtuado, -para lo que hubiera bastado aportar, si hubieran existido, copias de los escritos remitidos a la CNMV poniendo en su conocimiento las situaciones, anomalías e incumplimientos más arriba descritos- los hechos imputados.

Consiguientemente, al quedar acreditada la existencia de la infracción imputada, pierden virtualidad las alegaciones de la parte acerca de una presunta desviación de poder.

TERCERO.- Cuestión diferente, sin embargo, es la relativa a la calificación de la infracción como leve, grave o muy grave, pues dado que el apartado 3.j) del art. 32 de la Ley 46/84 -en aplicación del cual ha sido sancionada- contiene una norma sancionadora en blanco, idéntica a las tipificadas, como leve, en el apartado 2.f), y como muy grave, en el apartado 4.i) del mismo precepto, habrá de determinarse si el incumplimiento de las obligaciones antes descritas, imputado a "BPME, SA" es leve, grave o muy grave, lo que exige una motivación por parte de la Administración a fin de poder llegar a conocer si tales incumplimientos han puesto en peligro cierto y grave o han lesionado gravemente los intereses de los accionistas, pues de la acreditación de tan esencial circunstancia dependerá la calificación de la infracción.

La Administración, sin embargo, ha omitido tan esencial justificación, sin que la Sala advierta que el evidente incumplimiento de las obligaciones descritas por parte de la demandante haya supuesto un peligro cierto y grave, o haya lesionado gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros, por lo que procede, en este punto, acoger el criterio de la actora, y, en consecuencia, calificar los hechos imputados de infracción administrativa leve, tipificada y sancionada en el art. 32.2.f) y 32.5.a) de la tan repetida Ley 46/84, procediendo imponer la sanción de amonestación privada y multa de 100.000 ptas.

CUARTO.- Los razonamientos precedentes llevan a la estimación parcial de la pretensión, sin que concurren motivos bastantes para hacer un pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 131.1 de la Ley Jurisdiccional.

## FALLAMOS

Que estimando parcialmente el Recurso contencioso-administrativo nº 281/96, interpuesto por el Procurador Don J.L.P-M.S., actuando en nombre y representación de "B.P.M.E., S.A", contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por el Excmo. Sr. Ministro (O.M. 22/7/85)- de 24 de noviembre de 1995, en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 10 de mayo del mismo año, por la que se le impone una multa de 2.500.000 ptas. por la comisión de una infracción grave tipificada y sancionada en los arts. 32.3 y 32.5 de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión colectiva, debemos declarar y declaramos que las Resoluciones impugnadas no son conformes a Derecho en cuanto califican los hechos imputados de infracción grave y, en consecuencia, en dicho particular las anulamos, sancionando a la recurrente como responsable, en concepto de autora, de una infracción administrativa leve -tipificada y sancionada en el art. 32.2.f) y 32.5.a) de la Ley 46/84-, a una multa de 100.000 ptas. y amonestación privada. Sin costas.

Esta resolución es firme en esta vía jurisdiccional.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.