

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 10
DE DICIEMBRE DE 1997**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Recurso nº: 1375/94-03
Ponente: D. Juan Miguel Massigoge Benegiu
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 24 de noviembre de 1993 confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994.
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a diez de Diciembre de mil novecientos noventa y siete.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo nº 1375/94-03, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. G.C., en nombre y representación de Don B.C.N. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 24-XI-93, confirmada en alzada por resolución de fecha 6-5-94, del Ministerio de Economía y Hacienda, habiendo sido parte la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoquen los acuerdos recurridos.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido por el art. 78 de la Ley de la Jurisdicción y verificados quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 2 de diciembre de 1997, teniendo así 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 el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto determinar la conformidad o no con el ordenamiento jurídico de la resolución de fecha 24-XI-93 del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores confirmada en alzada por resolución de fecha 6-5-94, el Ministerio de Economía y Hacienda. La parte dispositiva del acto impugnado de fecha 24-XI-93, en lo que el actor se refiere y en lo que aquí interesa es del tenor literal siguiente:

"El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (...) adoptó el siguiente acuerdo: Imponer a Don J.M.C., Don J.M.A., Don M.A.L.L., Don B.C.N. (...) como miembros del Consejo de Administración de "GM, S.A., SGIIC" por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c) del punto 3 del artículo 32 de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, en relación con el incumplimiento en CUENTAFONDO FIAAM de la letra a) del punto 2 de artículo 4 del mismo texto legal una multa de un millón de pesetas a cada uno de ellos.

Imponer a Don J.M.C., Don J.M.A., Don M.A.L.L., Don B.C.N. (...) como miembros del Consejo de Administración de "GM, S.A., SGIIC" por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c) del punto 3 del artículo 32 de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, en relación con el incumplimiento en CUENTAFONDO AHORRO FIM de la letra a) del punto 2 del artículo 4 del mismo texto legal, una multa de un millón de pesetas a cada uno de ellos.

Imponer a Don J.M.C., Don J.M.A., Don M.A.L.L., Don B.C.N. (...) como miembros del Consejo de Administración de "GM, S.A., SGIIC", por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c) del punto 3 del artículo 32 de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, en relación con el incumplimiento en CUENTAFONDO BOLSA F.I.M., de la letra b) del punto 2 del artículo 4 del mismo texto legal una multa de un millón de pesetas a cada uno de ellos.

Imponer a Don J.M.C., Don J.M.A., Don M.A.L.L., Don B.C.N. (...) como miembros del Consejo de Administración de "GM, S.A., SGIIC", por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra c) del punto 3 del artículo 32 de la Ley 46/84, de 26 de Diciembre, en relación con el incumplimiento b) del punto 2 del artículo 4 del mismo texto legal una multa de un millón de pesetas a cada uno de ellos".

SEGUNDO.- La parte actora alega en esencia en apoyo de su pretensión las consideraciones siguientes:

- a) Vulneración del derecho a la presunción de inocencia amparado por el art. 24.2 CE.
- b) Vulneración del principio de tipicidad y de prohibición de "non bis in idem" amparado por el art. 25.1 CE.
- c) Infracciones de legalidad ordinaria:
 - 1) Infracción de lo dispuesto en el art. 15 de la Ley 26/88 LDIEC que debe aplicarse a afectos de distribuir la única sanción que establece el art. 32.5 al no establecerse en relación con las Instituciones de Inversión Colectiva una sanción adicional al Consejo de Administración.
 - 2) No concurrencia de los supuestos de hecho que sirven de base a la imposición de las sanciones graves concretamente por no concurrir los incumplimientos de coeficientes a que hace referencia la resolución.
 - 3) Defectuosa graduación de las sanciones al no tomarse en consideración los criterios de graduación previstos en el art. 14 de la Ley 26/88.
 - 4) Falta de aplicación de las normas del CP relativas al concurso de delitos concretamente lo dispuesto en el art. 71.1 en relación con el concurso ideal de delitos.
 - 5) Imposición del ingreso de las sanciones antes de ser ejecutiva la resolución impugnada.
 - 6) Defectos procedimentales que han causado indefensión en relación con la propuesta de resolución y división del expediente.

TERCERO.- El Abogado del Estado solicita la inadmisión de la demanda al haber interpuesto el actor juntamente con otros, recurso contencioso administrativo especial

de la Ley 62/78 de 26-XII del que conoció esta misma sección contra el mismo acto ahora impugnado, con el nº de recurso 121/94 en el que recayó sentencia nº 499 de 23-5-95 y en el que se alegó idéntica infracción de derechos fundamentales a la que ahora se efectuá, cuestiones que por ello han sido ya resueltas en vía jurisdiccional.

En lo referente a las cuestiones atinentes a la legalidad ordinaria se opone a las alegaciones de la actora solicitando la confirmación de las resoluciones recurridas.

CUARTO.- Consta acreditado en autos que el actor juntamente con otros en recursos que fueron acumulados, interpuso contra la resolución de fecha 24-XI-93 recurso contencioso administrativo especial de la Ley 62/78 de 26-XII en el que recayó sentencia nº 499 de 23-5-95, rechazándose la pretensión actora en relación con la infracción de idénticos derechos fundamentales y artículos de la CE a los que ahora se alegan.

Es de sobra conocida la doctrina del TC y del TS recaída en el caso del ejercicio del recurso ordinario y del especial de la Ley 62/78 de 26-XI, como se alega por ambas partes, que implican la imposibilidad de que el órgano judicial se pronuncie de nuevo sobre una vulneración constitucional ya planteada y resuelta en la vía especial; (Stas TC 98/89 de 1-6 entre otras y Sta TS de 18-1-96 (Ar. 767) entre otras citadas por ambas partes).

Así pues, si bien al plantearse ahora por la actora causas concretas de oposición al acto impugnado de legalidad ordinaria, habrán de ser revisadas en esta resolución sin que haya lugar a la inadmisión del presente recurso, no cabe efectuar pronunciamiento alguno en relación con las alegaciones referentes a la violación de los derechos fundamentales amparados por los artículos 24 y 25 CE que ya han sido resueltas en la resolución de este Tribunal antes citada y que por otra parte guardan una absoluta identidad como se aprecia incluso de los escritos de demanda formulados en ambos recursos.

Así pues en conclusión esta resolución se limitará obligatoriamente el examen de las causas de oposición de legalidad ordinaria alegadas por la recurrente.

QUINTO.- En lo que hace referencia a las alegaciones relativas al art. 15 de la Ley 26/88 de 29-7 que en definitiva se resumen en que para las Instituciones de Inversión Colectiva no se prevé sanción a la sociedad sino una única sanción común para ésta y para los Consejeros debe tenerse en cuenta que según el art. 32.7.2 de la Ley 46/84 de 26-XII reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, el art. 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Sociedades de Crédito será de aplicación a aquellas instituciones, señalando el mencionado precepto que quien ejerza cargos de administración o dirección "será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente". Encontrándose expresamente prevista esa responsabilidad, debe afirmarse frente a lo mantenido por la actora que asimismo se encuentra prevista la responsabilidad de la Sociedad y así en materia de procedimiento sancionador resulta de aplicación lo dispuesto en los artículos 19 a 25 de la Ley 26/88 de 29-7 efectuando el art. 21 una clara referencia a las sanciones "a las entidades de crédito

y a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en ellas que derivan de una misma infracción...”

Y por otra parte el art. 32.5 de la Ley 46/84 se refiere a la imposición de las sanciones “a las personas responsables de las correspondientes infracciones...” por lo que la conclusión no puede ser otra que la de considerar prevista normativamente la responsabilidad de la sociedad y de las personas que desempeñen la administración o la dirección de la misma siendo responsables en consecuencia las personas físicas o jurídicas.

Por otro lado, señala la actora que teniendo como límite la sanción grave el de 10.000.000 Pts la resolución sancionadora se ha excedido al imponer por cada una de las sanciones quince millones de pesetas, destacando que “el artículo 32.5 de la Ley 46/84 de 26 de diciembre, tipifica y sanciona una sola sanción común para la sociedad y para los consejeros”. De nuevo se han de rechazar las alegaciones de la actora por no ajustarse a la realidad. En efecto, la Administración no impone sanciones en cuantía superior a la prevista toda vez que el límite es de diez millones de pesetas y a cada una de las infracciones se impuso la multa de un millón, respetando claramente los límites y las sanciones y asimismo en lo que afecta a las sanciones impuesta a la propia sociedad.

En cuanto a las restantes alegaciones que manifiesta formular a efectos meramente dialécticos relativos a la responsabilidad del recurrente ya se ha dado cumplida respuesta en la sentencia nº 499 de 23-5-95 reiterándose no obstante las siguientes conclusiones:

“También se alega que a lo largo del procedimiento administrativo no se hizo referencia alguna a la actuación de los actores, como Consejeros de la sociedad, en relación con las infracciones sancionadas. Tal alegación no es que vulnere o no la presunción examinada, es que resulta incierta. En efecto la resolución impugnada dedica los fundamentos 10, 11 y 12 a examinar la actuación de los recurrentes en los hechos que se califican como infracciones administrativas llegando a la conclusión de que tanto la cuantía de la inversión (más de ochocientos millones de pesetas) como la inexistencia de actas de las reuniones del Consejo, a tenor de las cuales desde Marzo de 1992 no hubo reunión del único órgano de administración de la sociedad hasta el mismo mes del siguiente año denotan, cuando menos, una clara negligencia en el ejercicio de sus funciones de administradores colegiados, máxime si se tienen en cuenta los Estatutos Sociales y las competencias que el Consejo tiene en orden a la administración del ente social. Dada la fundamentación de tales razonamientos, éste Tribunal no puede sino acogerlos, rechazando la eficacia que los actores pretenden de las varias declaraciones autoinculpatorias de la Directora General Sra. J.L. dado que las competencias estatutarias del Consejo se contradicen con las facultades que la mencionada persona se arroga.

Hace la actora hincapié, repetidamente, en que al no existir reunión del Consejo de Administración en que se trataran o decidieran las inversiones realizadas y que luego fueron objeto de sanción, no cabe imputar responsabilidad a los recurrentes pues se mantuvieron al margen del asunto. Tampoco es admisible tal argumento pues, de admitirse, resultaría más beneficioso para los miembros de los Consejos no levantar las

oportunas actas. Para que un Consejero no sea responsable de las decisiones colegiadas se precisa que muestre una posición activa a tal decisión no bastando la mera abstención o la inasistencia a la reunión.”

SEXTO.- Alega la actora a continuación que no concurren los supuestos de hecho que sirven de base para la imposición de las sanciones y concretamente respecto a los incumplimientos de los coeficientes a que se hace referencia en la resolución recurrida dando al respecto por reproducidas las alegaciones efectuadas en el recurso administrativo.

En el caso examinado, los actores fueron sancionados por las siguientes infracciones: La primera consiste en tener CUENTAFONDO F.I.A.M.M. participación en valores emitidos por una entidad superior (en más un 20%) al cinco por cien de los valores en circulación de ésta última; la segunda por tener CUENTAFONDO F.I.M. participación en valores emitidos por una entidad superior (en más de un 20%); al cinco por cien de los valores en circulación de ésta última; la tercera consistente en tener CUENTAFONDO BOLSA F.I.M., un porcentaje de su propio activo superior (en más de un 20%) al cinco por cien de dicho activo en valores emitidos por una misma entidad y la cuarta por tener una participación conjunta de los tres fondos mencionados en los Bonos de Algodonera de San Antonio que supera el límite del 15% de los valores emitidos por esa entidad. Además de las anteriores, los actores fueron sancionados por otra infracción muy grave que no es objeto de impugnación en el presente proceso.

Tales circunstancias se encuentran previstas en el artículo 4.2.a), 4.1.b) y 4.2.b) de la Ley 46/84 de 26-XII según redacción dada por la Ley 24/88 de 28-7 del Mercado de Valores.

La parte actora reproduce, según manifiesta, las alegaciones efectuadas en el recurso administrativo, pero es lo cierto que en éste da por reproducidos a su vez los argumentos que efectuó en el Pliego de Descargos y a la propuesta de resolución a los que ya ha sido dada respuesta en las resoluciones administrativas impugnadas, y que ésta Sala considera han de confirmarse ante la ausencia de nuevas alegaciones al respecto y muy especialmente de prueba acerca de las mismas que ni ha sido aportada ni solicitada en ésta vía jurisdiccional sobre tales cuestiones.

En esencia sobre el incumplimiento de los coeficientes entendía la actora que habrían de sustituirse en el cálculo de los mismos los valores nominales por los valores efectivos pero es lo cierto que el art. 4 en su apartado 2 de la Ley 46/84 de 26-XII establece que la medición de los porcentajes ha de efectuarse tomando como referencia los valores nominales.

Asimismo y en relación a la infracción imputada, relativa a Cuentafondo Bolsa FIM, del art. 4.1.b) de la citada Ley 46/84 de 26-XII el cómputo del incumplimiento se ha efectuado teniendo en cuenta tanto el valor histórico de adquisición como el valor efectivo (12,37% o 13,26% en cada caso) como se desprende del apartado 5º de los Fundamentos de Derecho.

Asimismo consideraba que debía tener en cuenta a la hora de calificar las infracciones el período temporal en que se producen pero es lo cierto que las obligaciones del art. 4º de la Ley 46/84 se establecen sin referencia a período temporal alguno y que si bien los excesos de inversión sobre los coeficientes establecidos en el art. 4 se consideran infracciones leves cuando tengan carácter transitorio tal circunstancia no ha quedado acreditada por la actora que al referirse al beneficio obtenido hace referencia a un período de 104 días que no puede merecer la consideración de transitorio.

SÉPTIMO.- En lo que hace referencia a la graduación de las sanciones han de rechazarse las alegaciones de la actora en primer lugar por cuanto que el art. 32.5 de la Ley 46/84 de 26-XII establece para las infracciones graves la sanción de multa de hasta 10.000.000 Pts. a partir del límite de 500.000 Pts. establecido para las leves y habiéndose impuesto al actor una sanción de multa por importe de 1.000.000 Pts. por cada infracción grave resulta impuesta en su grado mínimo por lo que no cabe discutir acerca de su graduación y en 2º lugar por cuanto la resolución impugnada hace clara referencia a la naturaleza y entidad de las infracciones y a la gravedad del peligro ocasionando poniendo el acento en el riesgo de desnaturalización del objeto de la institución y el riesgo potencial que las operaciones sancionadas suponen para los partícipes.

Ha de rechazarse asimismo la aplicación de las normas previstas en el art. 71 CP para el concurso ideal de delitos que exigen la concurrencia de un mismo hecho u omisión constitutivo de dos o más infracciones pues no se les impuso dos o más sanciones por los mismos hechos sino por hechos distintos aunque fueran de la misma naturaleza y así se concluyó ya en la citada sentencia nº 499 de 23-5-95.

OCTAVO.- Alega la actora defectos procedimentales que le han causado indefensión en relación con la Propuesta de resolución por establecerse en ésta que el expediente sancionador habría de regirse por lo dispuesto en los artículos 133 y siguientes LPA pero a ello no puede anudarse sin otras pruebas o consideraciones que no se hayan respetado los principios del Procedimiento sancionador recogidos en el Título noveno de la Ley 30/32 de 26-XI pues la aplicación de unos u otros trámites procedimentales es independiente de la observancia de los principios sustantivos a que se hace referencia. Asimismo alega defectos procedimentales en lo referente a la división del expediente acordaba por la Admón. pero esa decisión obedece a motivos fundados ya que los hechos imputados eran constitutivos de sanciones que debían ser impuestas por autoridades distintas y a personas diferentes. Por otro lado, la falta de notificación expresa de aquél acto de trámite no ha causado indefensión material a la recurrente debido a que ha tenido conocimiento de tal acto y ha realizado alegaciones, al menos, en el expediente que ahora interesa. Si los actores sufrieron esa indefensión en los otros tres expedientes, deberán hacer tal alegación en los procesos en que se revisen las resoluciones que les pusieron término.

Finalmente se alega por la actora que la notificación de la resolución impugnada hace constar que el ingreso del importe de las sanciones habrá de realizarse "no más tarde del día 5 de febrero del presente año" de acuerdo con lo dispuesto en el art. 20 del Reglamento General de Recaudación (RDº 1684/90 de 20-XII) lo que infringe lo dispuesto en el art. 138.3 de la Ley 30/92 de 26-XI y en el art. 21.2 del RDº 1398/93 de 4-8 que

aprobó el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora en relación con el RDº 2119/93 de 3-XII sobre el procedimiento sancionador a los sujetos que actúan en los mercados financieros que en definitiva disponen que las sanciones no serán ejecutivas hasta tanto no haya recaído resolución del recurso ordinario o haya transcurrido el plazo para su interposición sin haberse producido.

Ahora bien es lo cierto que la actora ya formuló recurso contra tal cuestión en fecha 20-1-94 al que se dio repuesta por la Admón. en fecha 26-1-94, como se desprende de los expuesto en el Fundamento de Derecho Undécimo de la resolución de 6-5-94 y que tal resolución de fecha 26-1-94, no es la impugnada en el presente recurso contencioso administrativo en el que se impugnan las resoluciones de fecha 24-XI-93 y 6-5-94 por lo que no procede efectuar pronunciamiento al respecto teniendo en cuenta que dicha cuestión no afecta a la validez del acto impugnado sino en todo caso a la ejecución del mismo.

NOVENO.- No procede efectuar una expresa condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 LJ.

FALLAMOS

Que rechazando la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado y DESESTIMANDO el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. G.C. en nombre y representación de Don B.C.N., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 24-XI-93, confirmada en alzada por resolución de fecha 6-5-94, del Ministerio de Economía y Hacienda, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico. Sin costas.

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