

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 14
DE OCTUBRE DE 2003**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 439/96
Ponente: D. Ramón Verón Olarte
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de enero de 1996
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a catorce de octubre del año dos mil tres.

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 439/96, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don R. S. M., en nombre y representación de Don J. R. P. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 6 de septiembre de 1995 confirmada por acuerdo del Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 26 de enero de 1996; habiendo sido parte la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la Ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

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

TERCERO.- No habiéndose recibido el presente proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 7 de octubre de 2003, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. RAMON VERON OLARTE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional el Procurador de los Tribunales Don R. S. M., en nombre y representación de Don J. R. P. impugna la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 6 de septiembre de 1995 confirmada por acuerdo del Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 26 de enero de 1996, por la que se imponen al actor diversas sanciones.

En 26 de enero de 1996, el Ministerio de Economía y Hacienda resuelve no admitir y en todo caso desestima el recurso ordinario interpuesto por "S. S., S.I.M., S.A.", contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de

Septiembre de 1995, por la que se le imponen cinco sanciones de un millón de pesetas cada una y una de 250.000 pesetas, por la comisión de cinco infracciones graves y una infracción leve, respectivamente, en materia de Ordenación y Disciplina del Mercado de Valores.

Antecedentes: 1º) Durante los días comprendidos entre el 30 de Mayo y el 2 de Junio de 1994, se efectuó una visita de supervisión a la entidad mencionada. Del resultado de dicha visita se elaboró un informe, con fecha 21 de Junio de 1994, por la Dirección de Instituciones de Inversión Colectiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el que se detallan las siguientes irregularidades:

a) Se hallan pendientes de transcripción al Libro de Actas los acuerdos adoptados por la Junta de Accionistas y Consejo de Administración desde el 30 de junio de 1990.

b) Inexistencia de acuerdo de nombramiento de auditores y de Comunicación a la C.N.M.V. de cambios en los mismos.

c) Irregularidades en los registros contables de la cuenta de tesorería (discrepancias en el valor contable de la cartea y de la tesorería por un importe de 9 millones respecto a la información pública remitida junto al informe de auditoría).

d) Inexistencia de facturas de algunos gastos e inversiones.

e) Errores en la contabilidad (contabilización de determinadas operaciones utilizando cuentas erróneas).

f) Contabilización de gastos ajenos a la actividad de la sociedad.

g) Retrasos y falta de remisión de información a la CNMV.

h) Inversiones no adecuadas al fin social.

i) Incumplimiento de los coeficientes de inversión mínima.

j) Incumplimiento de los coeficientes de diversificación.

k) Incorrecta valoración de la cartera.

l) Falta de comunicación de participaciones significativas y bajos volúmenes de cotización y frecuencia.

2º) El Consejo de la CNMV, en 13 de octubre de 1994, acordó incoar expediente sancionador a la compañía "S. S., S.I.M., S.A." y a Don J. R. P., Don R. Q. A. y Don G. C. R., miembros del Consejo de Administración, por la presunta comisión de determinadas infracciones tipificadas en la Ley 46/84, de 26 de Diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, entre ellos:

a) Como infracciones graves comprendidas en el art. 32.3 de la citada Ley: a1) Haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia de los requisitos legalmente establecidos, lo que podría resultar presuntamente constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra j) en relación con los artículos 62 del Real Decreto 1393/90 y 204 de la Ley de sociedades anónimas.

a.2) No haber remitido a la C.N.M.V. los informes públicos correspondientes al primer y tercer trimestre de 1993 (infracción del art. 32.3 de la Ley 46/84 letra a).

a.3) Haber excedido en los ejercicios de 1992, del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor (El Encinar de los Reyes S.A. y Metrovacesa). Artículos 4.1.b) de la Ley 46/84 y 4.1.b) de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/90 de 2 de noviembre) lo que podría resultar presuntamente constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra c).

a.4) Haber excedido en los ejercicios de 1992, 1993 y 1994, el límite del 40% del activo en valores emitidos o avalados por una misma entidad en los que supera el límite del 5 por 100 (artículo 4.1.b) de la Ley 46/84 y 4.1.b) de su Reglamento) lo que podría resultar constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra c).

b) Como infracción leve comprendida en el artículo 32.2 de la Ley 46/84: "haber remitido a la CNMV (con fecha 30 de mayo de 1994) el informe de auditoría y las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993, con retraso sobre el plazo establecido, lo que podría ser constitutivo de la infracción leve comprendida en la letra f) en relación con el artículo 30 del Reglamento. En el propio acuerdo se designan a los Instructores del expediente y notificada la incoación a los interesados.

3º) Con fecha 17 de noviembre de 1994 Don J. R. P. presentó escrito de alegaciones.

4º) El 23 de noviembre de 1994, los Instructores formularon el pliego de cargos en el que se estima que pueden ser constitutivos de 7 infracciones muy graves, 4 infracciones graves y 1 infracción leve, tipificadas, respectivamente en los apartados 4, 3, y 2 del artículo 22 de la Ley 46/84.

5º) En las fechas que constan en el expediente se notificó el pliego de cargos a los expedientados, concediéndoseles un plazo de 20 días para la formación de descargos.

6º) Con fecha 21 de diciembre de 1994 Don J. R. P. presentó escrito de alegaciones al pliego de cargos.

7º) El 21 de marzo de 1995 "S. S., S.I.M., S.A.", de cuyo Consejo de Administración era miembro Don J. R. P., solicita de la C.N.M.V. su exclusión del Registro de Instituciones de Inversión Colectiva de la C.N.M.V. como Sociedad de Inversión Mobiliaria y de cotización en la Bolsa de Madrid.

8º) Con fecha 12 de junio de 1995, los Instructores del Expediente formularon propuesta de resolución.

9º) El 6 de julio de 1995 "S. S., S.I.M., S.A." presentó escrito de alegaciones formulando los que consideró convenientes a su derecho.

9º) El Consejo de la CNMV, en su reunión del día 26 de junio de 1995 adoptó el acuerdo de dividir el expediente sancionador en dos partes: una relativa a los hechos que se consideran constitutivos de 3 infracciones muy graves, comprendidas en las letras a), b) y e) del artículo 32.4 de la Ley y otra relativa a los hechos que se consideran constitutivos de cinco infracciones graves comprendidas dos en la letra c) y tres en la letra j) del artículo 32.3 y una infracción leve, comprendida en la letra f) del artículo 32.2 de la Ley.

10º) En su reunión del día 6 de septiembre de 1995, el Consejo de la CNMV adoptó la resolución ahora recurrida, en virtud de lo cual, acordó imponer a Don J. R. P., Consejero Delegado, miembro del Consejo de Administración de "S. S., S.I.M., S.A.":

1. Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3.j) de la Ley 46/84 consistente en el incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas desde el 30 de junio de 1990, multa de 500.000 de pesetas.

2. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3.j) consistente en el incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración desde el 30 de junio de 1990, multa de 500.000 de pesetas.

3. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3 c) de la Ley consistente en haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite máximo del 10 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor (El Encinar de los Reyes, S.A. y Metrovacesa) multa de 500.000 de pesetas.

4. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3.c) de la Ley consistente en haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por una misma entidad en la que supera el límite del 5 por 100, multa de 1.000.000 de pesetas.

5. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el artículo 32.3 j) de la Ley consistente en haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia de los requisitos legalmente establecidos multa de 500.000 de pesetas.

11º) La referida resolución fue notificada a "S. S., S.I.M., S.A." según consta en el expediente y ella misma reconoce.

12º) Con fecha 3 de noviembre de 1995 Don J. R. P. interpone recurso ordinario frente a la citada resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, solicitando la suspensión de la resolución impugnada.

13º) El Subsecretario de Economía y Hacienda inadmite, por extemporáneo, el recurso administrativo desestimándolo ad cautelam por acuerdo de 26 de enero de 1996.

SEGUNDO.- La parte recurrente, sobre la inadmisión del recurso ordinario sostiene 1º) que el mismo está interpuesto dentro de plazo al contarse de fecha a fecha según el art. 48.2 de la Ley 30/92.

2º) Que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ya que de conformidad con el Art. 31.2 de la Ley 46/84 de IIC y el Art. 63 de ese Reglamento, a la CNMV le corresponde la inspección de las instituciones de inversión mobiliaria, debiendo integrarse la laguna legal con los principios generales del procedimiento sancionador de la Ley 30/92. Lo que se ha realizado es una inspección y nos encontramos con que los actos sancionadores impugnados son nulos de pleno derecho, ya que al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/92 de LRJAP y PAC han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido pues no hay comunicación notificada al interesado en pugna con el art. 58 de la Ley 30/92. Además todas las actuaciones supervisoras, salvo el recibimiento del primer día se realizaron con el Secretario. La Comisión Nacional del Mercado de Valores no efectuó ningún requerimiento a la recurrente desde la fecha del inicio de la inspección. Tampoco los sancionados tuvieron preciso conocimiento de las personas que actuaban y en que sentido lo hacían.

3º) En relación al incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración sostiene que en la sociedad tal actividad se ha hecho siempre por medios informáticos y, por tanto, la anotación se realiza el primer día, sin perjuicio de que, posteriormente, haya que transcribir manualmente aquellos datos informatizados al libro de actas por lo que en todo caso sólo se habría producido un retraso y no un incumplimiento, sin que haya, además, concurrido voluntad de incumplimiento.

4º) Respecto al hecho imputado de haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994, el límite máximo del 10 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor ("El Encinar de los Reyes, S.A." y "Metrovacesa"). El cumplimiento extremadamente riguroso y no finalista de tales limitaciones podría acarrear repercusiones para la sociedad, contrarias a los fines buscados por tales límites legales. A continuación manifiesta en que forma "S. S., S.I.M., S.A." adquirió las acciones de la Sociedad "El Encinar de los Reyes, S.A."; igualmente explica cómo adquirió las acciones de METROVACESA, haciéndolo en ambos casos de modo favorable para los intereses de "S. S., S.I.M., S.A." y en ambos casos el exceso del 10 por 100 debe considerarse como circunstancial y pasajero, de tal modo que la L.I.C. no considera esta conducta como infracción grave, pues para que esta exista *"la acción u omisión debe poner en peligro cierto y grave o lesionar gravemente los intereses de los accionistas, participes o terceros"* cosa que no ocurrió, de tal modo que la superación pasajera y circunstancia del 10 por 100 no constituye infracción.

5º) Respecto al hecho imputado de haber sobrepasado en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos por una misma entidad en los que supera el límite del 5 por 100; durante estos ejercicios se sobrepasó en pequeños y pasajero porcentajes en los siguientes términos en 1992 en pequeñas cantidades, en 1993 en exceso: 0'70 por 100 y en mayo 2'45 por 100, en 1994 4'52 por ciento. La "S. S., S.I.M., S.A." pasó por momentos difíciles y mantuvo la política de mantener en cartera los valores que tradicionalmente estimaba buenos, pero se mantuvo por muy pocos meses

y se rebasaba en cantidad muy pequeña, de tal modo que no puede considerarse como infracción por las mismas causas del apartado anterior y además el Art. 4.4 del Real Decreto 1393/90, de 2 de noviembre manifiesta que el exceso sobre los límites de inversión señalados no se reputan infracción cuando se regularice en el plazo de un año y se deba a cambios en la valoración de los mismos como es el caso que nos ocupa.

6º) Respecto al hecho de haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia: Según el Art. 23.1 de la LIIIC *"las cuentas anuales y el informe de gestión de las sociedades de inversión mobiliaria deberán ser objeto de auditoria de cuentas..."* debe tenerse en cuenta: a) que aunque el acuerdo se tomó por el Consejo de Administración, y no por la Junta General de Accionistas, sin embargo la designación de los auditores gozaba de pleno respaldo de la totalidad de los accionistas de la sociedad. b) que la designación de los auditores se realizó, conforme a la legislación de auditoria de cuentas, para el plazo mínimo de tres años, pero, por renuncia de los auditores y falta de acuerdo, hubo que proceder a la designación de otro auditor para el ejercicio de 1993. c) Que en la reunión de la Junta General de accionistas de 30 de abril de 1994 se designó a los auditores conforme a los artículos 62 del R.D. 1393/90 y 204 de la Ley de sociedades Anónimas, por todo ello se considera que estamos ante hechos que suponen simples irregularidades consistentes en meros retrasos en el cumplimiento de unos requisitos formales y que no han lesionado, ni siquiera levemente, los intereses de los accionistas y de terceros, por lo que no constituyen infracción alguna.

7º) En relación con la calificación jurídica de los hechos efectuado en las resoluciones administrativas recurridas, el principio de tipicidad reclama una definición clara cierta y precisa de los hechos sancionados de tal modo que no puede afirmarse que la tipificación del Art. 32 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, sea un ejemplo del mejor respecto a la tipicidad; lo que atribuye un amplio campo a la discrecionalidad administrativa que pueden ser contenido por el principio de proporcionalidad que exige una relación entre la importancia de la infracción y en su caso de la sanción y la del fin que se persigue con ella. La calificación jurídica de que "S. S., S.I.M., S.A." no es una verdadera Entidad de Sociedad de Inversión Mobiliaria es incorrecta pues ha cumplido con los requisitos constitutivos y de permanencia que exige la normativa específica de la Ley 46/1984 y el Real Decreto 1393/90 (artículo 22 de la Ley 1984), y aunque tenga un marcado acento de sociedad familiar no por eso deja de cumplir la LIIIC.

8º) La transcripción de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración ya se ha dicho que no ha entrañado peligro a terceros y tampoco puede acogerse la tesis del peligro en abstracto indefinido y genérico sino que ha de ser (32.3) "grave y cierto" hecho que no concurre aquí, por lo cual desaparece el presupuesto legal determinante para calificar tales conclusiones como graves y en todo caso estaríamos ante dos infracciones leves del Art. 32.2 de la Ley 1984.

9º) Acerca de la designación del auditor encargado de verificar el contenido de las cuentas anuales, la gravedad tampoco aparece y en consecuencia su calificación jurídica más atinada sería la de infracción leve tipificada en el art. 32.2 f) de la propia Ley.

10º) Exceso de inversión sobre los límites de concentración. Si se llegara a la conclusión de que son infracciones graves por la combinación de los art. 32.2.d) y 32.3.c) de la Ley

de 1984 debería adoptarse una sanción en su grado mínimo pues ni ha mediado lesión grave ni peligro cierto ni para los accionistas ni para los hipotéticos terceros adquirente en Bolsa.

11º) Las sanciones de los administradores. La doble responsabilidad de la sociedad y de sus administradores que vulnera el principio de "non bis in idem" y establece la responsabilidad objetiva y automática de la Sociedad; la remisión al artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito contenida en el Art. 32.7 párrafo segundo de la Ley de 1984 no puede ser tan tajante, automática y universal como para postular la doble responsabilidad de forma inexorable.

13º) La descalificación como Sociedad de Inversión Mobiliaria pues la sociedad afectada solicitó su baja como Sociedad de Inversión Mobiliaria en los Registros de la CNMV que no constituye una circunstancia atenuante como dicen las resoluciones recurridas sino como el elemento más aflictivo de la sanción.

14º) Las exigencias del principio de proporcionalidad de la sanción, que debe apreciarse en los límites ya expuestos como circunstancia que lleve a sancionar más levemente las infracciones impuestas.

15º) Otras circunstancias concurrentes que son la falta de mala fe por parte de los sancionados que ha estado presente en todas las actuaciones de "S. S., S.I.M., S.A." ya que los sancionados han manifestado y demostrado en todo el mejor ánimo de colaborar y de subsanar por propio grado las deficiencias que pudieran haberse puesto de manifiesto, y demás es la primera vez que la Sociedad "S. S., S.I.M., S.A." padece un expediente sancionador.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado alega en contestación a la demanda: 1) que en la resolución que se impugna está bien declarada la inadmisibilidad pues notificada la resolución sancionadora el 3 de octubre de 1995 se interpuso el recurso ordinario en 3 de noviembre de 1995, un día después de haberse cerrado el plazo. 2º) La circunstancia de las causas de nulidad aludidas de contrario se dice en la demanda que la administración impuso la sanción que ahora nos ocupa prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Nada más alejado de la realidad por cuanto un mero repaso del expediente permite deducir sin lugar a dudas que la sanción se ha impuesto respetando escrupulosamente el procedimiento sancionador y la recurrente ha ejercitado con plenitud su derecho de defensa.

Por otra parte los hechos sancionados son reconocidos de contrario y además se deducen de la documentación obrante en poder de la CNMV. 3º) El incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración que no se trata de un mero retraso por cuanto el art. 113 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece un plazo de 15 días para aprobar el Acta, cuyo plazo no fue respetado. Y demás, el demandante no había transcrito los acuerdos de la Junta al libro correspondiente en el momento en que fue incoado el expediente sancionador, por lo que no ha existido un simple retraso, sino que cuando se inicia la actividad sancionadora la infracción había sido ya cometida. 4º) El exceso de inversión en los ejercicios de 1992, 1993 y 1994, del límite máximo del 10% del activo en

valores emitidos avalados por un mismo emisor. Se alega el número 4.4 del RD 1393/90 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/84 reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva. El mencionado precepto establece que los excesos de inversión en determinados activos no se reputa la infracción siempre que se regularicen en el plazo de un año. Ahora bien, tal causa de exoneración no se aplica a todo exceso, sino únicamente a los debidos a una o varias de las circunstancias establecidas en el mencionado precepto, entre las que no se encuentra la inversión formulada de contrario; pues en el último párrafo del mencionado precepto, se señala expresamente que existe infracción cuando el exceso sobre los límites de inversión se produzca incluso calculando tales límites según los valores históricos de adquisición; y eso es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en que calculando los valores históricos de la adquisición los mencionados límites se superan. 5º) El exceso de inversión en los ejercicios 1992, 1993 y 1994: a) respecto al límite del 40 por 100 la contraparte se limita a negar las valoraciones de tales activos formulados por la CNMV contradiciendo sus propias alegaciones, pues al folio 29 de la demanda se reconoce que los límites se superan aunque sea en pequeña cuantía (y que en marzo de 1994 alcanzaban el 4'52%) estando la sanción bien aplicada pues la recurrente no acredita, ni propone prueba, para demostrar que las valoraciones de la Comisión sean erróneas, existiendo pues un principio de presunción de veracidad derivada de la presunción de legalidad de los actos administrativos, y además tales valoraciones se efectúan teniendo en cuenta los propios datos que mensualmente remitió la demandante a la CNMV. 6º) El retraso en la remisión de la auditoría está reconocido y si se emitió el requerimiento es precisamente porque no se había remitido la documentación dentro del plazo legal. 7º) La designación de Auditor de Cuentas sin observancia de los requisitos legalmente establecidos que está reconocida por la recurrente pues debiendo ser nombrados los auditores por la Junta General de Accionistas lo han sido por el Consejo de Administración. El hecho de que tales irregularidades no hayan tenido notable trascendencia o hayan causado perjuicio importante a los accionistas o a terceros se ha tenido en cuenta para moderar la sanción. 8º) Sobre el principio "NON BIS IN IDEM". Según el Tribunal Constitucional, dicho precepto supone que no recaiga duplicidad de sanciones, administrativas y penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, pero en el caso que nos ocupa la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito establece la responsabilidad de los administradores y de la Sociedad por las infracciones contempladas en dicha Ley y además esta Sección en sentencia de 10 de abril de 1995 (981/93) ya se ha manifestado sobre que la Ley citada establece una responsabilidad acumulada de personas físicas y jurídicas que se fundamenta en distintos títulos: las personas jurídicas responden del incumplimiento de su deber de control de la actuación, de sus empleados, mientras que las personas físicas de su negligencia en el ejercicio de sus cargos. En el caso que nos ocupa es indudable la responsabilidad de la Sociedad como persona jurídica incumplidora y de los administradores responsables directos, de los mismos. Entre los responsables físicos está por supuesto el Consejero Delegado. 9º) La Entidad estaba inscrita en el Registro de las Sociedades de Inversión colectiva de la CNMV y por ello fue sancionada; al darse de baja en el Registro citado no se pierde su personalidad jurídica y por tanto no pierde su condición de Entidad imputable. 10º) Por último las sanciones no infringen el principio de proporcionalidad y tratándose de faltas graves se imponen las multa moderadamente.

CUARTO.- Por lógicos motivos de técnica procesal procede analizar con carácter previo la sujeción a derecho de la inadmisibilidad declarada por la resolución del recurso ordinario. Se ha de recordar que el artículo 5.1 del Código Civil en la redacción dada al Título Preliminar por el Decreto de 31 de mayo de 1.974 en ejecución de la Ley de 17 de marzo de 1.973, establece que si los plazos estuviesen fijados por meses o años se computaran de fecha a fecha, y que cuando en el mes del que venza el plazo no hubiere un día equivalente al inicial del cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes, con criterio que coincide con el sustentado en el artículo 60.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1.958, según el cual *“si el plazo se fija por meses éstos se computarán de fecha a fecha. Si en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo se entenderá que el plazo expira el último día del mes”*. Igualmente, el art. 48.2 de la Ley 30/92, establece que *“si el plazo se fija en meses o años, éstos se computarán de fecha a fecha. Si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquél en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes”*.

Pues bien, al día de hoy es ya pacífica la Jurisprudencia en relación con la aplicación de la norma contenida en el Art. 5 del Código Civil en cuanto al cómputo de los plazos por meses de fecha a fecha, parece innecesario detenerse más en este extremo. Sin embargo, hay que tener en cuenta, no obstante, que la fecha del “dies a quem”, o día final, no es la equivalente, dos meses después, a la del día siguiente a la de la notificación, sino a la del mismo día de ésta, y ello porque como, paradigmáticamente dice el Auto del Tribunal Supremo de 27 de enero de 1988, art. 367: “Los plazos señalados por meses, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 del Código Civil, se computan de fecha a fecha, por lo que notificado el caso de autos... el día 7-10-87, el plazo de dos meses establecido para interpretar el recurso contencioso-administrativo venció el día 7 del mes de diciembre siguiente, según confirma un reiterado criterio jurisprudencial a cuyo tenor, el cómputo de los dos meses termina en el día cuyo ordinal coincida por segunda vez con el que sirvió de punto de partida, que es precisamente aquél en que se practicó la correspondiente notificación, pues el plazo comienza a correr el día siguiente a aquélla.

Este sistema no se ha visto modificado por la nueva Ley que lo único que permite es contar dentro del plazo el día de la notificación sin que ello tenga consecuencias respecto del día final.

QUINTO.- En relación con la alegación de haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido se debe rechazar sin más dada la inconsistencia de la alegación, bastando para ello dar un somero repaso al expediente administrativo para llegar a la conclusión de que se ha seguido el procedimiento sancionador.

En efecto, se ha incoado de oficio por la Administración (como en la inmensa mayoría de los casos de expedientes sancionadores), se le ha informado de la identidad del instructor, se le ha pasado pliego de cargos en el que se contenían los mismos hechos que, después, fueron sancionados, se le ha oído en el expediente en diversas ocasiones, se le ha notificado la propuesta y se le ha impuesto la sanción por autoridad competente.

Pero es que, además, olvida la actora que la Sociedad "S. S., S.I.M., S.A." es una Sociedad de Inversión Mobiliaria por lo que está sujeta a la normativa reguladora de ese tipo de sociedades y, entre ella, al artículo 63 del Reglamento 1393/90 a cuyo tenor estas entidades se encuentran sujetas a la inspección de la CNMV, como así recuerda el Art. 85 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores. Así, la inspección fue comunicada telefónicamente al Presidente de "S. S., S.I.M., S.A." y realizada por dos técnicos de la CNMV que, por serlo, tenían habilitación legal; la inspección se llevó a cabo en el domicilio social de la Entidad, y después, por indicación del Presidente en su despacho profesional. En relación con la manifestación de que la obtención de la información y de las pruebas que la CNMV consideró suficientes para iniciar el expediente se obtuvieron por medios no ajustados al ordenamiento jurídico se ha de señalar que el hecho relativo a la superación de los límites máximos (10 por 100 y 40 por 100 del activo), se pusieron de manifiesto en los controles de legalidad que la propia CNMV realiza sobre la documentación remitida por la propia entidad según la Circular 7/90, de 27 de diciembre; y lo relativo a los otros cargos se derivaron de un dato objetivo como es la fecha de registro de entrada en la CNMV de las cuentas anuales; asimismo, se puso de manifiesto en su información trimestral del cambió de auditor; en cuanto a la transcripción de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración fue puesto de manifiesto por le propio Secretario del Consejo a quien corresponde la capacidad de certificar los actos y acuerdos adoptados por Junta y Consejo y de poseer sus libros.

Por otro lado, cuando la Jurisprudencia estima la concurrencia de la causa de nulidad que se examina exige que la ausencia de procedimiento sea absoluta, no bastando con la falta de algún trámite lo que, por otra parte, no se aprecia.

SEXTO.- Como se ha visto, al actora sostiene, en relación al incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración, que solo habría producido un retraso y no un incumplimiento, sin que haya además, concurrido voluntad de incumplimiento.

Pues bien lo cierto es que esa obligación de transcribir no permite un incumplimiento parcial; o se transcriben los acuerdos o no se transcriben. El denominado retraso constituye, en verdad un incumplimiento.

Por otro lado, él deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General y por el Consejo de Administración constituye una obligación que viene impuesta por la normativa reguladora de las sociedades Anónimas y su incumplimiento, al tratarse de Sociedad que cotiza en Bolsa, lesionó gravemente los intereses de terceros adquirentes.

En la alegación octava insiste sobre la cuestión sosteniendo que el perjuicio ha de ser grave y cierto. Pues bien, así ha de calificarse el perjuicio causado en cuanto los acuerdos no se dieron a conocer sino que quedaron "guardados" para los propios administradores.

SÉPTIMO.- Respecto al hecho imputado de haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994, el límite máximo del 10 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor ("El Encinar de los Reyes, S.A." y "Metrovacesa") la actora considera que, en ambos casos, eses exceso del 10 por 100 debe considerarse como circunstancial y

pasajero, de tal modo que la L.I.I.C. no considera esta conducta como infracción grave, pues para que esta exista *“la acción u omisión debe poner en peligro cierto y grave o lesionar gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros”* cosa que no ocurrió.

Sin embargo, se ha de atender al artículo 4.1b) de la Ley 96/84 de la Ley de Instituciones de Inversor Colectiva (en su redacción dada por la D.A. sexta de la Ley 24/88, de 28 de julio) el cual establece: *“ninguna institución podrá tener invertido en valores emitidos o avalados por una misma entidad más del 5 por 100 del activo de la Institución. Este límite queda ampliado al 10 por 100, siempre que el total de las inversiones de la Institución en valores en los que se supere el 5 por 100 no exceda del 40 por 100 del activo de la misma”*.

La Administración llega a la conclusión, a la vista de la información mensual (Inventarios de cartera. Estados M.04) remitida a la CNMV, de que *“en dichos estados el valor de realización de cartera recoge, en contra de lo que dice el impugnante, tanto las plusvalías como las minusvalías latentes. Los excesos se produjeron tanto a valor histórico o contable como valor de mercado, esto es, desde el mismo momento de la adquisición del valor y no, como pretende la recurrente, por cambios en la valoración”*. Siendo tan concreta y justificativa la Administración, correspondía a la recurrente proponer prueba pericial para acreditar lo contrario, lo que no ha realizado.

Por otro lado, la propia Ley 46/84 tipifica dichos hechos independientemente de la transitoriedad y el volumen del exceso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 46/84 y 65 del Real Decreto 1393/90.

En relación con el asunto, invoca la recurrente la aplicación al caso de lo dispuesto en el Art. 4.4 del RD 1393/90 conforme al cual el exceso sobre los límites de inversión no se reputará infracción siempre que la Institución, en el plazo de un año, contado desde que se produjo el exceso, proceda a su regularización, y el mismo se deba, entre otras circunstancias, a cambios de valoraciones de los mismos. Sin embargo se olvida mencionar que el propio artículo invocado añade en su último párrafo que *“no será aplicación la excepción establecida en éste número y, en consecuencia, existiera infracción cuando el exceso sobre los límites de inversión se produzca incluso calculando tales límites según los valores históricos de adquisición”*, siendo así que los excesos que han originado la infracción sancionada se han producido tanto a valor de mercado como a valor histórico o contable.

OCTAVO.- En parecidos términos se defiende en relación con el hecho imputado de haber sobrepasado en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos por una misma entidad en los que supera el límite del 5 por 100. La recurrente reconoce que durante estos ejercicios se sobrepasó en pequeños y pasajero porcentajes en los siguientes términos en 1992 en pequeñas cantidades, en 1993 en exceso: 0'70 por 100 y en mayo 2'45 por 100, en 1994 4'52 por ciento.

Pues bien, como se decía en el fundamento anterior, los porcentajes imputados y el exceso sobre los mismos resultan de la aplicación de los criterios contenidos en el art. 4.1.b) de la LIIC y sobre base de los datos contenidos en los informes mensuales remitidos por la recurrente a la CNMV, debiendo reproducirse lo dicho con anterioridad.

NOVENO.- En relación con la indebida designación de auditores, se ha de recordar que la Sociedad "S. S., S.I.M., S.A." en un período de cuatro años (desde 1990 a 1993), ha contado con tres auditores diferentes, nombrados por el Consejo de Administración, no siendo comunicados dichos cambios a la CNMV, vulnerando con ello la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de salvaguardar la corrección en la realización de la auditoría, con el consiguiente peligro cierto y grave para terceros dado que la entidad cotiza en Bolsa de tal modo que los informes de Auditoría remitidos a la CNMV son puestos a disposición del público, resultando preciso convenir que los terceros que consultaron tales informes vieron lesionados gravemente sus intereses por cuanto no tenían las garantías suficientes.

Para terminar este apartado se ha de poner de manifiesto que no se ha acreditado la pretendida renuncia de B.G.T. Auditores S. L. como auditor de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993.

Por último, en la alegación novena sostiene que no existe gravedad en los defectos apreciados en el nombramiento de auditor, lo que no es de recibo dada la finalidad que la permanencia del cargo persigue que no es otra que la posibilidad de eliminar o sustituir a auditores desagradables o meticulosos.

DÉCIMO.- Alega también el actor la dudosa tipificación de los hechos por los que se le sancionó. Pues bien, con referencia a las alegaciones sobre la calificación jurídica de los hechos se ha de reiterar que tanto el peligro como el daño y la desvirtuación del objeto social de la entidad son elementos íntegramente del presupuesto de la infracción muy grave, siendo el propio Art. 32.4 el que otorga a las actuaciones en él previstas la consideración de que conllevan un gravísimo peligro o lesión muy grave para accionistas, partícipes o terceros.

Por lo demás, la crítica expuesta por el interesado se refiere al artículo 32 in genere sin que concrete los tipos en concreto en que funda su alegación lo que exige a la Sala de analizar todas y cada una de las infracciones en él previstas, pues de la gravedad, del riesgo y del peligro de la conducta ya se ha tratado.

UNDÉCIMO.- En relación con la vulneración del principio non bis in idem, se ha de partir de que el Art. 32.7 de la Ley 46/84 (en su nueva redacción dada al mismo por la D.A. sexta de la Ley 24/88, de 28 de julio, en su párrafo segundo) establece que "igualmente será de aplicación en el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la CNMV lo dispuesto en los artículos 7, 14 y 15 de la citada Ley, así como en relación con las Instituciones Inversión Colectiva que revistan la forma de sociedades anónimas... lo previsto en el Art. 17 de la referida Ley (Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). Por su parte el Art. 15 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito establece la responsabilidad de los cargos de administración o dirección". De esta manera, una vez terminada la existencia de una infracción administrativa la Entidad aparece como sujeto infractor responsable objetiva y directamente (artículo 9,10,11,12,13 y 14 de la Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito).

Además, cuando la infracción sea muy grave o grave y la misma sea imputable a la conducta dolosa o negligente de los que ostentan cargos de administración o dirección de la entidad (artículo 15) se impondrá "además" a estos una sanción. Esta concepción legal responde a una teoría ya consolidada doctrinal y jurisprudencialmente, conforme a la cual las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de las sanciones de carácter administrativo en la medida en que las infracciones de tal índole cabe su imputabilidad a diferencia de lo que acontece en el ámbito de las infracciones penales, que tan solo cabe imputar a personas físicas. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 264/1991 de 19 de diciembre.

DÉCIMO SEGUNDO.- El resto de las alegaciones merecen menor atención.

Así, en cuanto a la descalificación como Sociedad de Inversión Mobiliaria al haber solicitado la sociedad su baja como Sociedad de Inversión Mobiliaria en los Registros de la CNMV no constituye una circunstancias atenuante dado que se produjo después de la comisión de las infracciones y que ello se debió, según se desprende de las manifestaciones de la actora, a las dificultades de supervivencia.

En cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad, baste con señalar que no hay tal al haber impuesto las sanciones en su grado mínimo.

Por último, en relación con la ausencia de mala fe en la conducta de la recurrente, la Sala opina lo contrario, esto es, que actuó con pleno conocimiento de la infracción y que en consecuencia lo que concurre es la intencionalidad.

DÉCIMO TERCERO.- No ha lugar a imposición de costas por no existir temeridad ni mala fe.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don R. S. M., en nombre y representación de Don J. R. P. contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 6 de septiembre de 1995 confirmada por acuerdo del Subsecretario del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 26 de enero de 1996, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS ajustadas a derecho las citadas resoluciones, salvo en relación con la inadmisibilidad que declara la última resolución que resulta contraria a derecho.

No ha lugar a hacer un especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

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