

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE  
FEBRERO DE 2002**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª**

**Recurso nº:** 1230/94  
**Ponente:** D. Juan Miguel Massigoge Benegiu  
**Acto impugnado:** Resolución de la CNMV de 24 de noviembre de 1993 confirmada en vía administrativa por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 1994  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid a cinco de febrero de dos mil dos.

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 1230/94, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. G.C., en nombre y representación de Caja V contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 24 de noviembre de 1993, habiendo sido parte la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los tramites 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 22 de enero de 2002, teniendo lugar así.

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

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 la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 24 de noviembre de 1993, confirmada en vía de recurso administrativo, por resolución de fecha 6 de mayo de 1994, del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se adoptó el acuerdo siguiente:

Imponer a la CAJA V, por la comisión de una infracción leve tipificada en la letra f) del punto 2 del art. 32 de la Ley 46/84, una amonestación privada y una multa de 150.000 ptas.(CIENTO CINCUENTA MIL PESETAS).

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

a)El art. 32.2 f) de la Ley 46/84 de 26 de diciembre Reguladora de Instituciones de Inversión Colectiva, infringe el art. 25 CE y concretamente, el principio de legalidad, dada la amplitud del tipo que contiene.

b) Infracción del principio de presunción de inocencia al no concretarse los hechos imputados ,ni existir prueba suficiente al respecto.

c) Inexistencia de culpabilidad en la conducta de la actora.

d) defectuosa graduación de la sanción impuesta.

**TERCERO.-** Deben tenerse en cuenta, en relación con el presente recurso contencioso administrativo, los siguientes antecedentes:

1. GES M es una Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva de la que es accionista la entidad actora y que gestionaba las siguientes Instituciones: C F.I.A.M.M., C B F.I.M., C A F.I.M. y C F F.M.I, siendo la actora depositaria de las dos últimas citadas.

2. Con fecha 18 de diciembre de 1992, GES M adquirió Bonos Convertibles de la emisión de ASA, para C FIAMM, C A FIM y C B FIM, cuya suma alcanza el 35,92% del total de los valores en circulación emitidos.

3. En base a ello se imputan a la actora los cargos siguientes.

1) El incumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.2, letra a) de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, Reguladora de Instituciones de Inversión Colectiva, por la adquisición por parte de C A, F.M.I. (cuya Entidad Depositaria en CAJA V) de Obligaciones Convertibles de ASA, en un porcentaje superior al establecido respecto al total de valores en circulación emitidos por la mencionada entidad, pudiendo este hecho ser constitutivo de una infracción grave tipificada en el art. 32.3, letra c) del mismo texto legal.

2) El incumplimiento de la obligación establecida en el art. 4.2, letra b) de la Ley 46/84, de 26 de diciembre, Reguladora de Instituciones de Inversión Colectiva, por la adquisición por parte de tres Instituciones de Inversión Colectivas gestionadas por parte de GES M S.G.I.I.C., (C F.I.A.M.M, C A F.I.M. Y C B F.I.M.), de un porcentaje de Obligaciones Convertibles emitidas por ASA, superior al establecido respecto del total de títulos emitidos y en circulación de la entidad emisora, pudiendo este hecho ser constitutivo de una infracción grave tipificada en el art. 32.3 letra c) de la mencionada Ley 46/84.

4. Seguido el pertinente procedimiento sancionador la resolución sancionadora, en su Fundamento de Derecho Séptimo, establece textualmente:

- A la vista del transcurso de los acontecimientos no parece posible que la Entidad Depositaria hubiera podido evitar los incumplimientos de los mencionados coeficientes de inversión, pero en cambio, lo que sí es cierto es que debió conocerlos con anterioridad, y entonces ponerlos en conocimientos de la C.N.M.V. Por ello, y teniendo en consideración las alegaciones presentadas, se considera que esta actuación no puede implicar la comisión de dos infracciones graves, sino que es constitutiva de una infracción leve de acuerdo con la letra f) del punto 2 del art. 32 de la Ley 46/84, la cual establece que tiene tal consideración.

*“El incumplimiento de las demás obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley, en la de Sociedades Anónimas, en disposiciones reglamentarias o en los Estatutos o Reglamentos de Gestión de las Instituciones, siempre que, por su naturaleza, no deba calificarse como infracción grave o muy grave”.*

4. En base a tal consideración, y estimando finalmente acreditado que la actora como Depositaria no llevó a cabo actuación alguna para detectar los incumplimientos, teniendo obligación de comprobar las inversiones, y recabar la información pertinente, debiendo ponerlo en conocimiento de la CNMV si la infracción fuese inexacta o insuficiente, lo que no llevó a cabo, se impuso a la actora la sanción ya referida por la comisión de una infracción leve, tipificada en el art. 32.2 f) de la Ley 46/84 de 26 de diciembre.

**CUARTO.-** Entrando ya en el examen de la primera de las alegaciones formuladas por la actora, conviene precisar, en primer lugar, la normativa aplicable al caso presente.

El art. 32. 2 f) de la Ley 46/84 de 26 de diciembre establece:

2. Son infracciones leves los hechos que impliquen meros retrasos en el cumplimiento de obligaciones de carácter formal o incumplimiento de escasa trascendencia de normas de carácter sustantivo, siempre que no lesionen, o lo hicieren levemente, los intereses de los accionistas, partícipes o terceros. Tienen esta consideración :

f) El incumplimiento de las demás obligaciones o prohibiciones establecidas en esta Ley, en la de Régimen Jurídico de las Sociedades Anónimas, en disposiciones reglamentarias o en los Estatutos o Reglamentos de Gestión de las Instituciones, siempre que, por su naturaleza, no deba calificarse como infracción grave o muy grave. En lo que a las funciones de los Registradores de las Sociedades de Inversión Mobiliario de Capital variable y de los Fondos de Inversión se refiere y en lo que afecta a la cuestión examinada , el art. 29 de la Ley 46/84 establece:

I.- Las Sociedades gestoras y los depositarios actuarán, en interés de los partícipes de las inversiones y patrimonios que administren o custodien. Las depositarios ejercerán, además, la función de vigilancia y garantía ante los partícipes y acciones, en los términos establecidos

en esta Ley, velando para que la gestión realizada por las Sociedades gestoras e Instituciones de inversión colectiva se ajuste a las disposiciones legales y reglamentarias.

2.- Las Sociedades gestoras y los depositarios serán responsables frente a los partícipes de todos los perjuicios que se causaren a aquéllos por el incumplimiento de sus respectivas obligaciones legales y reglamentarias. La Sociedad gestora y el depositario están obligados a exigirse esta responsabilidad en nombre de los partícipes de la inversión o patrimonio administrados.

El R. D. 1393/90 de 2 de noviembre de desarrollo de la Ley concreta tales funciones en su art. 56 estableciendo, entre otras, en su apartado b).

b) Asumir ante los partícipes o accionistas la función de vigilancia y supervisión de la gestión realizada por las Sociedades Gestoras de los Fondos de Inversión o por los administradores de las Sociedades de Inversión Mobiliaria de Capital Variable. En el desarrollo de esa función, los Depositarios estarán obligados a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores cualquier anomalía que detecten en la gestión.

Finalmente, la OM de 30 de julio de 1992, desarrollando tales funciones, dispone en el art. 1º. 1 b) que corresponde a los Depositarios.

b) Comprobar que las operaciones de los Fondos de Inversión y de las SIMCAV han respetado los coeficientes y criterios de inversión previstos en los arts. 4, 17, 37 y 49 del Reglamento de la Ley 46/84 y demás normativa aplicable.

**QUINTO.-** Sentado lo anterior y entrando en el examen de la primera de las alegaciones formuladas por la actora, conviene reiterar la doctrina establecida por el TC y el TS en relación con el principio de legalidad y expuesta, lógicamente también, por esta Sala en reiteradas resoluciones, como por otra parte conoce la actora; entre otras la Sentencia del TS de 11 de julio de 2000 establece: *"La doctrina del TC y la jurisprudencia de esta Sala han visto en el principio de legalidad una doble garantía: una de orden material y alcance absoluto referida, tanto al ámbito estrictamente penal como administrativo, que refleja la importancia de la seguridad jurídica en dichos campos limitativos de derechos y que supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir la existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas infractoras y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; otra, de carácter formal, relativa a la exigencia de que exista una norma del suficiente rango que se identifica con el rango legal (por todas STC 61/90, de 29 de marzo)*. Si bien puede considerarse que, aunque relacionadas, se trata de dos garantías diferenciables, identificadas en su concepción clásica, como principio de legalidad, en el sentido de "reserva de Ley" y principio de tipicidad. Así, en Sentencias de 20 de diciembre de 1989 y 5 de febrero de 1990, dijo la Sala que aunque los conceptos de legalidad y tipicidad tengan su apoyo en el art. 25 CE no se identifican sino que el segundo tiene por un propio contenido, como modo especial de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley, pero para la tipicidad se

requiere algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera sancionable, siendo, en definitiva, medio de garantizar el principio constitucional de seguridad jurídica y de hacer realidad junto a la exigencia de una "lex previa", la de una "lex cierta". La función de garantía que está llamada a desempeñar el "tipo" de infracción se cumple, en términos generales, cuando la previsión normativa permite una predicción razonable del ilícito y de las consecuencias jurídicas que lleva aparejada la conducta que la norma considera como ilícita; esto es, puede considerarse suficiente la tipificación cuando consta en la norma una predeterminación inteligible de la infracción de la sanción y de la correlación entre una y otras. ( STS 5 de diciembre de 1990). En su Fundamento de Derecho Sexto: *"A este respecto, no cabe olvidar que, incluso, en el ámbito estrictamente penal se admite la legitimidad constitucional del reenvío normativo bajo determinadas condiciones (siempre que sea expreso, esté justificado en razón del bien jurídico protegido, la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza a través de la consecuente integración, STC 127/1990, de 5 de julio), y que el alcance de la reserva de Ley no es tan estricta en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en determinadas materias (STC 2/1987 de 21 de enero), bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de ordenación (SSTC 87/1985, de 16 de julio, 42/1987, de 7 de abril, y 177/1992, de 2 de noviembre), se admite una cierta colaboración del Reglamento al integrar los tipos de infracción administrativa y señalar las correspondientes sanciones. Colaboración que puede sintetizarse en los siguientes postulados que integran una consolidada doctrina del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala:*

a) La norma de rango legal debe determinar suficientemente los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer.

b) No resulta constitucionalmente admisible la simple habilitación a la Administración, por norma de rango legal vacía de todo contenido propio, para la tipificación de los ilícitos administrativos y para el establecimiento de las correspondientes consecuencias sancionadoras.

c) El art. 25.1 CE prohíbe la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Toda remisión a la potestad reglamentaria para la definición de nuevas infracciones o la introducción de nuevas sanciones carece de virtualidad y eficacia.

d) Resulta admisible la norma reglamentaria que se limita, sin innovar las infracciones y sanciones en vigor, a aplicar éstas a una materia singularizada incluida en el ámbito genérico del sistema preestablecido. A la doctrina expuesta responde el citado art. 129 de la LRJ y PAC que, después de establecer que sólo son infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley (párr. 1) y que únicamente por la comisión de infracciones administrativas pueden imponerse sanciones que, en todo caso, han de estar delimitadas por Ley (párr. 2), admite que las disposiciones

reglamentarias puedan introducir *“especificaciones o graduaciones al cuadro de infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni altera la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación e las sanciones correspondientes”*.

**SEXTO.-** Ciertamente, el art. 32.2 f) de la Ley 46/84 de 26 de diciembre por el que la actora ha sido sancionada constituye una norma sancionadora en blanco, al referirse al incumplimiento de las obligaciones o prohibiciones previstas en la Ley, en las LSA, disposiciones reglamentarias o Estatutos de Gestión de las instituciones, pero ello no implica aplicando la doctrina antes citada, una infracción del principio de legalidad, toda vez que la previsión legal permite una predicción razonable del ilícito y de sus consecuencias jurídicas, viniendo concretadas las obligaciones de la entidad Depositaria y especialmente la función de vigilancia en el propio art. 29 de la Ley 46/84, art. 56 de su Reglamento y el 1º de la OM de 30 de julio de 1992, conjunto normativo que permite, sin lugar a dudas, integrar el tipo de la infracción y que no puede ser desconocido por quien actúa precisamente en calidad de Depositario a la que por tal condición se imponen precisamente dichas obligaciones.

**SÉPTIMO.-** En lo que hace referencia a la prueba de los hechos imputados, debe tenerse en cuenta que los Bonos Convertibles de la emisión de ASA fueron adquiridos por GES M. en fecha 18 de diciembre de 1992, y que fueron remitidos a la actora en fecha 26 de febrero de 1993, por CECA los bonos propiedad de C A FIM, siendo a partir de tal fecha, cuando manifiesta la actora que solicitó verbalmente información al respecto a la Gestora en base a la cual decide no continuar con la función de Depositaria.

Tales hechos, han sido debidamente acreditados durante la tramitación del expediente administrativo incluso por las propias manifestaciones de la recurrente valorándose la conducta de la actora a partir de las dos infracciones graves imputadas por la adquisición por parte de las Instituciones de Inversión Colectiva de los Bonos de ASA en porcentaje superior al establecido.

La conducta imputada en consecuencia, una vez descartado que la actora hubiese podido evitar los incumplimientos de los coeficientes, se concreta en el incumplimiento de sus obligaciones de vigilancia en cuanto al conocimiento de los mismos y de puesta en conocimiento de la CNMV, obligaciones que como ya se ha dicho se establecen en el conjunto normativo ya referido, viniendo obligada la actora en tanto que entidad Depositaria a recabar mensualmente información de la Sociedad Gestora y a comunicar a la CNMV su desacuerdo con el contenido de dicha información (art. 1º de la OM de 30 de julio de 1992) lo que no llevó a cabo. Pues bien, tales incumplimientos no han sido desvirtuados en forma alguna por la recurrente que por otra parte, no puede alegar validamente, ni desconocimiento, ni discrepancias con las obligaciones que en calidad de Depositaria le vienen normativamente impuestas, por lo que, contrariamente a lo manifestado por aquella, ha de apreciarse que no existe inconcreción sobre los hechos sancionados y la conducta imputada a la actora de la que tuvo pleno conocimiento con la Propuesta de resolución, en la que, a partir de los hechos imputados en el Pliego de Cargos, de las pruebas practicadas y de las alegaciones de la propia actora, se modifica la calificación jurídica de la conducta

inicialmente imputada, efectuando al respecto las alegaciones que tuvo por conveniente, y ello con independencia del error formal que efectivamente se comete en la resolución sancionadora al referirse en cuanto a hechos probados, a los emitidos en el Pliego de Cargos, lo que resulta desvirtuado posteriormente en la fundamentación de la resolución sancionadora y que en cualquier caso no ha determinado indefensión alguna para la actora; las consideraciones anteriores ponen de manifiesto por otra parte la existencia de un conjunto probatorio que impide apreciar la alegada vulneración del principio de presunción de inocencia.

Por otra parte, la infracción por la que la actora ha sido sancionada es imputable a la misma por culpa "in vigilando" pues no puede olvidarse que 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 aquella ya comunicar formalmente cualquier anomalía o incumplimiento de la normativa aplicable. Finalmente, a la vista de lo dispuesto en el art. 32.5 de la Ley 46/84 y toda vez que la sanción de multa ha sido impuesta en la cuantía de 150.000 ptas, es decir en su grado mínimo, no cabe refutar infringido el principio de proporcionalidad.

**OCTAVO.-** No se aprecian circunstancias para efectuar una expresa condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 131LJ.

## **FALLAMOS**

Que desestimado el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. G.C., en nombre y representación de Caja V contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 24 de noviembre de 1993, confirmada en vía de recurso administrativo por resolución de fecha 6 de mayo de 1994 del Ministerio de Economía y Hacienda, debemos declarar y declaramos la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico. Sin costas.

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