

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 7 DE
JUNIO DE 2001**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 567/96

Ponente: D. Ramón Verón Olarte

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de julio de 1995, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de enero de 1996

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a siete de Junio de dos mil uno.

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 567/96, interpuesto la Procuradora de los Tribunales Sra. Doña G.D., en nombre y representación de la mercantil G.I.P., S.G.C. S.A., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 6 de julio de 1995, confirmada en vía administrativa por acuerdo de 12 de enero de 1996 del Subsecretario 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 trámite 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 5 de junio de 2001, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ramón Verón Olarte.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso la Procuradora de los Tribunales Sra. Doña G.D., en nombre y representación de la mercantil G.I.P., SGC S.A., impugna la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 6 de julio de 1995, confirmada en vía administrativa por acuerdo de 12 de enero de 1996 del Subsecretario de Economía y

Hacienda, por las que se sanciona a la recurrente por la comisión de una infracción en materia de control de mercado de valores.

SEGUNDO.- La resolución del presente litigio requiere el previo análisis de los siguientes hechos:

a) Tras varias denuncias, los días 8 a 10 de septiembre de 1993, funcionarios afectos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores practican visita de inspección a la mercantil GIP SGC S.A., dando lugar a un informe en el que se hacen constar la existencia de determinadas irregularidades.

b) El 26 de octubre de 1993 la División de Instituciones de Inversión Colectiva pone de manifiesto lo actuado a GIP SGC S.A. al tiempo que le requiere para que identifique a sus clientes cuyas carteras había venido gestionando la entidad, sin mantener firmado el consiguiente contrato de gestión.

c) La mercantil GIP SGC S.A. atiende el requerimiento el 26 de noviembre de 1993.

d) El día 2 de marzo de 1994 se inicia expediente sancionador contra la empresa y contra determinadas personas con ella vinculadas y se nombre instructor y secretario del mismo.

e) El 15 de abril de 1994 el Instructor emite pliego de cargos en el que se recoge la calificación jurídica de las diversas irregularidades entre la que se encuentra la infracción leve del artículo 101 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

f) Posteriormente el expediente fue dividido en varias partes en atención a la gravedad de las infracciones quedando en el expediente que ahora se revisa la instrucción de la infracción que, siendo sancionada, se impugna en el presente recurso jurisdiccional.

g) El 1 de febrero de 1995 el Instructor eleva propuesta de resolución que es acogida plenamente por el acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 6 de julio de 1995 que impone a la recurrente una sanción en cuantía de 250.000 por la infracción ya descrita.

h) Considerando la mercantil GIP SGC S.A. que la mencionada resolución no era ajustada a derecho, formula frente a la misma recurso ordinario que es desestimado por acuerdo de 12 de enero de 1996 del Subsecretario de Economía y Hacienda.

TERCERO.- La parte recurrente fundamenta su impugnación en las razones que a continuación se exponen. Comienza esta parte afirmando la plena validez de los contratos verbales de gestión de carteras en virtud del principio de libertad de forma imperante en nuestro Derecho (artículo 1278 del C.c.) y en que el artículo 82.2 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva no impone la forma escrita. En segundo lugar, sostiene que en atención a lo establecido en la Disposición Transitoria 7ª del RD 1393/90 hasta el 31 de diciembre de 1991 no entraba en vigor la obligación de suscripción de los contratos

normalizados, por lo que datando las relaciones con sus clientes de fecha anterior a la entrada en vigor de tal exigencia, no le resulta aplicable tal obligación. En tercer lugar, sostiene que no concurren ninguno de los requisitos para que exista culpabilidad y, por último, en cuarto lugar, invoca la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones.

La Administración demandada, por medio de su representación procesal, alega que la exigencia de que estos contratos sean escritos es clara y nada tienen que ver con el principio de libertad de forma. No se discute la validez de tales contratos. Se trata sencillamente de un presupuesto imprescindible para que la CNMV pueda ejercer su legítima competencia de policía y para que la sociedad de cartera y sus clientes revistan unos mínimos imprescindibles de seguridad jurídica.

CUARTO.- Habiendo quedado planteada la litis como se acaba de exponer, la primera cuestión a resolver por la Sección se contrae a determinar la naturaleza de los contratos que unen a las sociedades de cartera con sus clientes.

A tenor de lo preceptuado en el artículo 101 de la Ley 24/88, de 28 de julio, constituye infracción leve la gestión de carteras de valores sin formalizar el preceptivo contrato. Dicho precepto hay que ponerlo en relación con el 82.2 del Reglamento a cuyo tenor "*las Sociedades Gestoras de Cartera someterán a la CNMV, con carácter previo a su aplicación, los modelos de contratos tipo con los que se proponga efectuar su actividad. En ningún caso se entenderá que forma parte de dicha actividad la mediación en la colocación, adquisición y venta de valores a favor de personas que no tengan contratada con la sociedad la gestión de sus carteras*".

El precepto transcrito contiene un requisito formal que obedece a una doble finalidad: facilitar la labor de control encomendada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y proporcionar seguridad jurídica a las relaciones de la Sociedad con los clientes. Siendo esto así, la recurrente venía obligada a operar contratos tipo.

A lo dicho nada afecta el hecho de que en el Derecho Español de la contratación opere el principio de la libertad de forma pues una cosa es que los contratos verbales concertados entre la sociedad con su cliente sean contratos plenamente eficaces desde el punto de vista civil y otra muy distinta que, en virtud de la normativa analizada, como elemento que se encuentra en la cadena de inversión en el mercado de valores, venga obligado a la adopción de determinadas garantías y al cumplimiento de determinados requisitos formales.

La segunda cuestión planteada por al recurrente se refiere al derecho transitorio. En efecto, la obligación recogida en el artículo 82.2 antes transcrito entra en vigor el 31 de diciembre de 1991. Pero ello no permite que las carteras contratadas con anterioridad a dicha fecha no vengan obligadas a observar el requisito formal ya tratado. Precisamente, la norma citada concede un largo plazo para que las empresas adecuen su documentación a las nuevas exigencias de tal manera que, tras la aprobación de los contratos tipo, se suscriban en ellos

los conciertos habidos con sus clientes. Resulta a estos efectos indiferente que, con determinados clientes, únicamente se haya gestionado las inversiones ya realizadas sin que éstas se hayan visto modificadas o alteradas. Esta gestión constituye una actividad propia de este tipo de sociedades y esa administración de los valores es suficiente para que se deba cumplir con los requisitos del artículo 82.

QUINTO.- Corresponde analizar en el presente apartado la vulneración de los principios de culpabilidad y de proporcionalidad alegada por la recurrente.

En relación con el primero, como acertadamente sostiene en recurrente, en el derecho administrativo sancionador rige, al igual que en el derecho penal, el principio de culpabilidad. Ello hace que para sancionar a una persona o entidad deban concurrir los siguientes elementos: a) imputabilidad o posibilidad de actuar de otro modo; b) posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho y c) ausencia de causas de exculpación o disculpa.

Pues bien, la Sala no puede estar de acuerdo con lo afirmado por la actora en relación con que no concurre ninguno de esos elementos en el caso litigioso. En relación con el primero, este Tribunal entiende que la recurrente es imputable en cuanto tiene la aptitud de saber y querer además de que pudo haber actuado de otra manera debido a que, como ella reconoce, estuvo en relación con la CNMV para la aprobación de los contratos tipo. También concurre el segundo de los elementos, pues la especial sujeción que une a la actora con la Administración hace que venga obligada a conocer toda reforma normativa sobre la materia a parte de lo cual el actor viene a reconocer que conocía esa obligatoriedad pues no por otra razón había negociado con la Comisión el contenido de los contratos tipo. Por último, no consta la existencia de causas exculpación en el expediente administrativo ni a ellas se refiere la recurrente.

Por lo que se refiere al principio de proporcionalidad hay que recordar que el derecho sancionador administrativo, como manifestación de la facultad punitiva del Estado, tiene los mismos principios que rigen el, ya muy elaborado, derecho penal, aunque lógicamente, con matices. Dichos matices no afectan al caso de autos, ya que en el presente recurso por el actor se está cuestionando la no aplicación correcta del principio de proporcionalidad en la sanción, por parte de la Administración autora del acto. Dicho principio ha sido expresamente admitido por la jurisprudencia en nuestro Tribunal Supremo desde las ya antiguas sentencias de 28 de septiembre de 1984 y 27 de octubre de 1986, que establecen la potestad de la jurisdicción contenciosa administrativa para valorar si, en el caso concreto que se enjuicia, ha sido aplicada correctamente esta facultad por la Administración atendiendo a dicho principio entre la falta y la sanción que debe presidir toda corrección disciplinaria. Así, dicha doctrina señala que el principio de proporcionalidad impide la libérrima discrecionalidad de la Administración para elegir la sanción a imponer. Así pues, la Administración califica los hechos constitutivos de falta, y aplica la sanción correspondiente, pero la Jurisdicción contenciosa controla a posteriori si queda probado de forma clara que el infractor haya cometido dicha falta y si la sanción aplicada es proporcional a dicha infracción, indicando en caso contrario la revocación de la sanción o la sustitución de la sanción por la mas adecuada según las circunstancias apreciadas por la Sala. Sentada así la

doctrina general aplicable y la facultad de revisión de esta jurisdicción, al caso presente no debe serle de aplicación, ya que la Administración ha hecho una valoración pormenorizada de las circunstancias concurrentes en, relación con el artículo 14 de la Ley 26/88 y 104 de la Ley 24/88. Se ha de poner de manifiesto que si bien la Administración reconoce que las circunstancias no concurren de manera cualificada, en definitiva, sí concurren, por lo cual se justifica la imposición de la multa en grado medio.

SEXTO.- Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley de la jurisdicción.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Doña G.D., en nombre y representación de la mercantil G.I.P. S.G.C. S.A., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 6 de julio de 1995, confirmada en vía administrativa por acuerdo de 12 de enero de 1996 del Subsecretario de Economía y Hacienda, Debemos Declarar y Declaramos que las mentadas resoluciones se encuentran ajustadas a derecho.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

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