

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 27
DE FEBRERO DE 1998**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 114/96
Ponente: D. Ramón Verón Olarte
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 10 de mayo de 1995 confirmada en
alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de
24 de noviembre de 1995
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veintisiete de Febrero de mil novecientos noventa y ocho.

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 114/96, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. P.M.S. en nombre y representación de la mercantil "B., Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva", contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de Mayo de 1995 confirmada mediante acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de Noviembre de 1995; 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 sendos escritos en el que suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba y practicándose la admitida con el resultado que obra en autos, 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 teniendo lugar así.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional, el Procurador de los Tribunales Sr P.M.S. en nombre y representación de la mercantil "B., S.G.I.I.C.", impugna la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de Mayo de 1995 confirmada mediante acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de Noviembre de 1995 por las cuales se impone a la mercantil recurrente las siguientes sanciones:

- Multa de 10 millones de pesetas por la comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo de 32.3 de la Ley de 46/84, de 26 de Diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en no haber remitido a la Comisión Nacional el Mercado de Valores información veraz relativa al número de participes de los fondos "MV FIM" y "MD FIAMM".

- Multa de 500 mil pesetas por la comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo 32.3 de esa misma Ley, consistente en la no comunicación del exceso de endeudamiento en el Fondo "S.B. FIM".

- Multa de 100.000 pesetas por la comisión de una infracción leve comprendida en la letra c) del artículo 32.3 de la misma Ley consistente en la infracción de las normas de valoración y contables de los Fondos "MV FIM", "MD FIAMM", "MF FIM" y "S.B. FIM".

SEGUNDO.- La mercantil recurrente impugna las resoluciones citadas mediante las alegaciones que, a continuación, se consignan.

Alega en primer lugar que la Administración no levantó Acta alguna por lo que es el instructor de el procedimiento quien debe practicar cuantas pruebas y actuaciones sean precisas para el esclarecimiento de los hechos. Por ello, insiste, al no disponer de la prueba privilegiada que constituye el acta, debería haber practicado en el curso del procedimiento sancionador de la prueba los hechos en que se basan la imposición de las sanciones y "suministrar, coger y aportar los elementos probatorios, a través de los medios comunes que sirven de soporte al supuesto de hecho cuya calificación como falta administrativa se pretende".

Falta absoluta de prueba. Así, la CNMV imputa a la mercantil recurrente haber falseado la información ("no haber remitido información veraz") sin que haya probado la existencia en ningún caso de que se hubiera incurrido en tal comportamiento. La comisión se ha limitado a formular una declaración genérica que impide a la recurrente aportar prueba en contrario por lo que se infringe el derecho a la presunción de inocencia prevista en el artículo de 24.2 de la Constitución. Afirma con toda rotundidad que no hay ni una sola prueba que, ni siquiera indiciariamente, demuestre tal afirmación.

Por lo que se refiere a la primera infracción, tipificada en el artículo de 32.3 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, a cuyo tenor se considera falta grave la no remisión de la información a que se refiere que el artículo 8 de la Ley, señala que el precepto al que la norma se remite no incluye la obligación de dar información sobre el número de partícipes pues se limita a la obligación de entregar a éstos el folleto de emisión, la memoria anual, los informes trimestrales, documentos que no incluyen información sobre el número de partícipes. Por otro lado, la norma en que se basa la sanción recoge como faltas graves los incumplimientos de la norma que pongan en peligro cierto y grave o lesionen gravemente los intereses de los accionistas, partícipes, o terceros. Por el contrario, la falta de remisión de información sobre número de partícipes o la remisión equivocada sobre número de los mismos en nada afectan a los partícipes ni los pone en peligro cierto y grave ni lesiona gravemente sus intereses. Es un hecho inocuo para los intereses de aquellos por lo que la conducta imputada carece del elemento del daño que conforma el tipo recogido en el artículo 32.3.a) y, en consecuencia, no puede ser calificada nunca de infracción grave. Además, la norma legal infringida no sería el artículo 8 de la Ley si no la norma 12.1 de la Circular 7/1990, de 27 de Diciembre, mediante la cual la Comisión dispuso la información que las Instituciones Inversión Colectiva debían presentar a la Comisión con carácter periódico entre las que se incluye el estado sobre el número de partícipes del fondo. En consecuencia, la Comisión hace una aplicación análoga y extensiva de la norma sancionadora contraria a derecho.

Sobre esta misma infracción, añade la actora, saliendo al paso de la afirmación que se realiza en las resoluciones recurridas en el sentido de que no se tiene que probar daño o peligro algunos para los partícipes porque ipso iure se ha producido una infracción grave determinada por la propia configuración legal de la conducta, que tal aspecto pugna con la interpretación lógica que se deriva del contraste de la formulación legal de las infracciones muy graves y graves. Así, para las primeras es necesario que se pongan "en gravísimo peligro" o se lesionen "muy gravemente" los intereses de los particulares y en las segundas, lógicamente se baja el nivel de el perjuicio, pues aquí basta que se pongan en "peligro cierto y grave" o se "lesionen gravemente" dichos intereses. Es evidente que si las conductas, como pretende la Administración, se incardinan en los tipos (muy graves o graves) exclusivamente por sus descripción en el artículo resultaría superflua cualquier distinción entre el menor y mayor perjuicio producido. Concluye que la Administración no ha probado que las conductas de la actora hayan producido el menor perjuicio a los intereses de los partícipes de los fondos.

Por lo que se refiere a la segunda infracción la actora afirma que el 10 de Diciembre de 1993 adquirió para "S.B. FIM" unos bonos del Organismo Supranacional de Interamerican Development Bank, vencimiento el 20 de Agosto del año 2003, a una rentabilidad nominal del 4,75%, por un valor total de 600 francos suizos, equivalentes a 57.600.000 y con fecha de pago de 17 de Diciembre de 1993, al amparo del depósito que la Sociedad Gestora tenía constituido en el Banco depositario por importe de 2.000.000 de francos suizos, equivalentes en la fecha a 191.200.000 pesetas, depósito constituido el 7 de Diciembre de 1993 y que tenía su vencimiento el 22 de Diciembre de 1993, o sea, de cinco días después de la fecha de pago del efectivo. En ningún momento se produjo endeudamiento neto, sólo la contabilización de una cuenta deudora de 600 francos suizos, frente a un depósito de 2 millones de la misma moneda. Insiste el actor en que no se produce un endeudamiento sino una disposición anticipada del depósito. Lo que pretende el legislador es limitar la capacidad de endeudamiento del fondo que conceptualmente debe operar con recursos propios. No se produce ningún crédito ni préstamo, a pesar de que contablemente se produzcan cargos y abonos de intereses. Por otra parte, añade que el pretendido endeudamiento se produjo mientras que la inspección se encontraba en los locales de la compañía recurrente como se deduce del antecedente segundo de la resolución recurrida. Es decir, la propia Comisión tomó nota de los hechos relevantes en el momento en que tenían lugar.

Por último, alega que la Administración incurre en desviación de poder. Afirma la actora que a lo largo de la tramitación del procedimiento ha quedado probado que la verdadera finalidad de la actuación de la Administración mediante el expediente sancionador y la importante sanción impuesta a la recurrente no era otra que la de justificar a posteriori una enérgica actuación. Sólo así puede explicarse que mientras se está realizando la inspección se detecte que, precisamente, durante la semana que los funcionarios de la CNMV se encontraban en las oficinas de la recurrente, se impute un pretendido endeudamiento respecto a un fondo y se sancione no sólo el hecho sino el no haberlo notificado. Idéntico razonamiento puede hacerse respecto a la interpretación que se realiza de la norma en el sentido de que una determinada conducta iuris et de iure produce un grave perjuicio al partícipe y si, en cualquier contexto, dicha interpretación pugna con el más elemental principio de proporcionalidad, mucho más en el que nos encontramos cuando la conducta en cuestión no está expresamente

tipificada, como reconocen las propias resoluciones recurridas. El móvil de expediente y de la actuación de la Administración era el que se ha dicho y no otro, por lo que es evidente que se han ejercido "potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico".

TERCERO.- La administración recurrida, por medio de su representación procesal, alega, en relación con la primera infracción, que las participaciones en los fondos de inversión de referencia estaban representadas por documentos al portador por lo que, como consta a los folios 48 a 193, ambos inclusive, sólo se comunicó a la CNMV el listado de partícipes que habían suscrito participaciones nominativas y no los que su participación estaba representada por títulos al portador. Se omitía en los informes remitidos a la Comisión quienes eran los titulares de más del 90% de cada Fondo. Y es que, desde el momento en que en los porcentajes indicados de las participaciones del Fondo eran al portador, era imposible que ni la demandante ni nadie supiera quienes eran sus titulares.

Al contrario de lo que se afirma por la actora, no sólo figura probado que la información de partícipes era inexacta, es que por la inercia del propio sistema ideado, no podía ser nunca exacta desde el momento en que la mayoría de los titulares del fondo eran absolutamente desconocidos al ser al portador los títulos representativos del mismo.

Tampoco es cierto que se incumpla el principio de legalidad y que la omisión de la información referida no esté sancionada. Señala que la Ley de 26 de Diciembre de 1984, debido a que regulan patrimonios que pueden pertenecer a miles de ciudadanos, establece en su art. 8 una autorización operativa para que tales sociedades puedan actuar en el mercado y dentro de los mecanismos de control previstos, el art. 8.4 de la Ley que obliga a las instituciones de inversión colectiva a publicar en la forma que reglamentariamente se determine para su difusión entre los socios, partícipes y público de general un folleto, una memoria anual y de cuatro informes trimestrales a fin de que sean públicamente conocidas todas las circunstancias cuya valoración pueda influir en la apreciación del valor del patrimonio, situación financiera, resultados y perspectivas de la institución, así como de regularidad jurídica, financiera y económica. Ahora bien, la determinación exacta dentro del marco definido, se deja a normas de rango infralegal. Por ello, cuando el Art. 32.3 considera infracción grave la falta de remisión de la información establecida en el Art. 8 de la misma, debe entenderse que se está remitiendo, asimismo, a las normas dictadas en su desarrollo. Entiende el Abogado del Estado que dicha técnica sancionadora no infringe el principio de legalidad que define perfectamente como infracción la conducta de la demandante, citando al respecto diversas sentencias de este mismo Tribunal en las que se permite la modalidad tipificadora en atención a las relaciones de especial sujeción que unen a la recurrente con la Administración.

Por lo que refiere que a la segunda infracción, consistente en haberse endeudado antireglamentariamente respecto al fondo "S.B. FIM", destaca que no se discute que el endeudamiento superara el 5 por ciento del activo de la recurrente sin comunicarlo a la CNMV. La demandante pretende acudir al resultado económico de la operación obviando los negocios jurídicos realizados. Olvida que la sanción no se produce por haberse endeudado por encima de un porcentaje, sino por no haber informado de la mencionada operación. Por ello es irrelevante que en términos económicos hubiera o no

hubiera endeudamiento neto ya que si la obligación es fuente de obligaciones habría que comunicarlo. En efecto no se sanciona el endeudamiento sino la falta de comunicación de una operación que implicaba la obligación de devolver el dinero.

La alegación de desviación de poder carece, por completo, de fundamento por cuanto no se acredita de contrario, salvo por apreciaciones subjetivas que carecen de cualquier relevancia, que la sanción haya sido impuesta con fines distintos a los que motivan la potestad sancionadora. Insiste en que queda plenamente acreditado que la demandante omitió remitir información a la Administración para fomentar la opacidad fiscal de sus inversores lo que constituye un comportamiento gravemente irregular.

CUARTO.- Habiendo quedado planteada la litis como se acaba de exponer se ha de comenzar señalando el hecho de que exista o no acta en el presente expediente carece de trascendencia dado que el Tribunal debe analizar los elementos probatorios de que se disponen para decidir si se han acreditado o no los hechos.

Pero es que, además, en el presente litigio la prueba de los hechos carece de relevancia dado que en lo que discrepan las partes no es en los elementos fácticos, sino en cuestiones estrictamente jurídicas.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la primera infracción (comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo 32.3 de la Ley 46/84, de 26 de Diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en no haber remitido a la Comisión Nacional el Mercado de Valores información veraz relativa al número de partícipes de los fondos "MV FIM" y "MD FIAMM") se ha de analizar previamente si se ha remitido o no esa información y si tal remisión es legalmente exigible.

La recurrente no discute que la CNMV desconociera la identidad de las personas que eran partícipes en los citados fondos. No puede negarlo. Cuando las participaciones, como ocurre en el presente caso, están representadas por títulos al portador, ni siquiera la propia entidad emisora de tales títulos conoce quiénes son los tenedores de los mismos en cada momento por lo que de mala forma se podía informar acerca de la identidad de esos titulares. Sin embargo, si pudo informar a la Comisión acerca del montante de los títulos al portador así como de su proporción en relación con el patrimonio del fondo. Es decir, la recurrente estaba en disposición de comunicar a la Administración que más del 90% de las participaciones de ambos fondos estaban representadas por títulos al portador.

Cuestión distinta es la de si las entidades de inversión colectiva vienen obligadas a facilitar esa información a la Administración. Ésta entiende que tal obligación está comprendida en el artículo 8 de la Ley 46/84, de 26 de Diciembre, infringiéndose en consecuencia, el Art. 32.3.a) de la citada disposición.

El artículo citado dispone que "son infracciones graves aquellas que signifiquen incumplimiento de obligaciones formales o de normas de carácter sustantivo cuando la acción u omisión ponga en peligro cierto o grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros. Tienen esta consideración: (...) a) La falta de remisión de la información a que se refiere el artículo 8. de esta Ley". Por su parte, el apartado

cuarto del artículo ocho de la misma Ley preceptúa que “las instituciones de Inversión Colectiva deberán publicar en la forma que reglamentariamente se determine , para su difusión entre los socios, partícipes y público en general, un folleto, una memoria anual y cuatro informes trimestrales a fin de que sean públicamente conocidas todas las circunstancias cuya consideración pueda influir en la apreciación del valor del patrimonio, situación financiera, resultados y perspectivas de la Institución, así como de su regularidad jurídica, financiera y económica.

El folleto deberá contener información sobre la naturaleza y características de las acciones o participaciones, condiciones de mercado, emisiones y reembolsos; normas sobre determinación y distribución de resultados y demás relativas a la estructura de la Institución, su actividad y relación con sus socios o partícipes. El folleto se actualizará cuando sea necesario para que su información esté al día, y comprenderá el Estatuto o Reglamento de la Instituciones, salvo que éste se distribuya como anejo”.

La actora sostiene que artículo 8º no exige la remisión a la Comisión de información sobre la identidad de los partícipes, reconociendo que tal remisión si está prevista en la Circular 7/90, de 27 de Diciembre de la CNMV sobre normas contables y estados financieros de Instituciones de Inversión Colectiva.

Sobre esta cuestión, conviene recordar que según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional plenamente asumida por el Tribunal Supremo, el principio de legalidad del artículo 25.1 de la CE en el ámbito de las sanciones administrativas comporta una doble garantía; la primera de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la exigencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal.

Ambos principios son objeto de matizaciones en el campo del derecho administrativo sancionador. Así, con referencia al principio de reserva de Ley en la STC 219/89, de 21 de Diciembre, doctrina reiterada, entre otras, en la STC 61/90, 45/94, de 15 de Febrero y 306/94, de 14 de Noviembre, se decía que “solo tiene, sin embargo, una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades publicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia u oportunidad. Mas aun, el alcance de dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones de sujeción especial, aunque incluso en dicho ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución. Igualmente y con referencia a la garantía material se admiten también modulaciones sobre la base del reconocimiento de dos tipos de relaciones en el campo administrativo: relaciones de supremacía general y de supremacía especial o de sujeción especial –cuya existencia y justificación esta siendo contestada en la actualidad desde alguno sectores doctrinales-

pero que es plenamente acogida tanto por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Y así, cuando la potestad sancionadora incide en relaciones de especial sujeción como la que liga a la mercantil recurrente con la Administración tal como expresamente ha sido calificada por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico quinto de la citada sentencia nº 386/93, el principio de reserva de Ley pierde parte de su fundamento material en cuanto aquellas relaciones son "(...) expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del ius puniendi genérico del Estado" (STC 66/84, 2/87,42/87) y se admite un margen mas amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones.

En el caso examinado, como antes se ha visto, el segundo párrafo del apartado 4º del artículo ocho de la Ley dispone que se deberán publicar determinados documentos al objeto de que sean públicamente conocidas todas las circunstancias cuya consideración pueda influir en la apreciación de la situación efectiva de la entidad, añadiéndose que el folleto deberá contener información sobre la naturaleza y características de las acciones o participaciones, condiciones de mercado, emisiones y reembolsos. Si a ello añadimos que según el apartado sexto del mismo artículo la información de los apartados 4º y 5º se deberá depositar con carácter previo ante el Ministerio de Economía y Hacienda, debemos concluir que en la Ley se recoge el contenido esencial de la infracción. Sin que resulte inadmisibles la concreción de tal obligación a través del oportuno desarrollo reglamentario, constituido, fundamentalmente por la ya citada Circular 7/90.

SEXTO.- En relación con esta misma infracción se insiste en que no cabe sostener la comisión de la misma cuando no se ha acreditado el daño que la omisión por la recurrente ha podido causar. En efecto, la Administración no ha realizado actividad probatoria de ningún tipo. Sin embargo, este Tribunal entiende que ello no era preciso en atención a la redacción del artículo 32.3.a) antes transcrito. En efecto, el citado precepto tipifica como infracción grave las acciones y omisiones que conlleven un incumplimiento de obligaciones formales... cuando aquéllas pongan en peligro cierto y grave o lesionen gravemente los intereses de los accionistas, participes o terceros. Pues bien, el desconocimiento de que las participaciones de los dos Fondos pueden ser nominativas o al portador pueden poner en peligro grave tanto a los participes como a terceros dada la importancia que la naturaleza de las participaciones tiene para éstos. Pero es que, además, por mucho que el actor lo niegue, la Ley presume ese peligro en determinadas infracciones como es el caso que nos ocupa. Así, el mencionado precepto añade que "tienen esta consideración: a) La falta de remisión de la información a que se refiere el artículo 8. de esta Ley". Dado lo anterior resulta rechazable la alegación examinada.

SÉPTIMO.- Por lo que se refiere a la segunda infracción, niega la actora, como se ha visto, que se produjera, en ningún momento, un endeudamiento neto sino sólo la contabilización de una cuenta deudora de 600 francos suizos, frente a un depósito de 2 millones de la misma moneda. Sin embargo, este Tribunal no puede aceptar tal alegación dado que la actora percibió cierta cantidad de dinero con obligación de devolverlo lo que constituye una auténtica obligación jurídica cualquiera que sea la calificación que de la misma se haga y por muy asegurada que la operación estuviera al tener aquella entidad un depósito en el Banco de dos millones de francos suizos.

No se trata, como se afirma por la entidad sancionada, de “una disposición anticipada del depósito” pues si así fuera debería constar la cancelación del depósito, con el consiguiente pago de la comisión y penalización, sobre lo que no hay el más mínimo indicio en el expediente ni ha sido acreditado por la recurrente.

A lo dicho, se ha de añadir que la conducta por la que se sanciona a la compañía no es por el endeudamiento en si sino por no comunicar a la CNMV esa operación.

Por último, resulta indiferente que el endeudamiento se produzca mientras que la inspección se encontraba en los locales de la compañía recurrente, pues la compañía inspeccionada no queda eximida mientras, dura la visita de la Inspección del cumplimiento de sus obligaciones formales.

OCTAVO.- Por lo que se refiere a la desviación de poder, se limita el actor a poner de manifiesto dos situaciones que, entiende, reveladoras de la desviación administrativa del fin de la norma. Una es la ya reseñada del incumplimiento de la notificación en relación con el endeudamiento; la segunda, se refiere a la interpretación del artículo 32.3 de la Ley. A ambas cuestiones nos hemos referido ya, por lo que no se precisa insistir en la cuestión, salvo para señalar que no se acredita que la sanción haya sido impuesta con fines distintos de los contemplados por la norma dado que lo alegado por el actor no son sino apreciaciones subjetivas.

NOVENO.- 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 el Procurador de los Tribunales Sr. P.M.S. en nombre y representación de la mercantil “B., Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva”, contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de Mayo de 1995 confirmada mediante acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de Noviembre de 1995, 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.