

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE MAYO DE 2003

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº:** 6245/98  
**Ponente:** D. Manuel Campos Sánchez-Bordona  
**Acto impugnado:** Sentencia de 27 de febrero de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veintidós de mayo de dos mil tres.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 6245/1998 interpuesto por "B., SGIIIC, S.A.", representada por el Procurador Don J. P. M. S., contra la sentencia dictada con fecha 27 de febrero de 1998 por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso número 114/1996, sobre infracción de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** "B., SGIIIC, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el recurso contencioso-administrativo número 114/1996 contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 1995 que desestimó el recurso de reposición deducido contra la dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 1 de junio de 1995 que le impuso las siguientes sanciones económicas:

a) Multa de diez millones de pesetas por la comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo 32.3 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en no haber remitido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores información veraz relativa al número de participantes de "M., FIM" y "M., FIAMM".

b) Multa de quinientas mil pesetas por la comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo 32.3 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en la no comunicación del exceso de endeudamiento en el fondo "S. B., FIM".

c) Multa de cien mil pesetas por la comisión de una infracción leve comprendida en la letra c) del artículo 32.3 de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva consistente en la infracción de las normas de valoración y contables en los fondos "M., FIM", "M., FIAMM", "M. X., FIM" y "S. B., FIM".

**SEGUNDO.-** En su escrito de demanda, de 24 de septiembre de 1996, alego los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia *"por la que, con estimación del presente recurso contencioso-administrativo, se declare la nulidad, por contrarias al Ordenamiento Jurídico, de la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 10 de mayo y del Ministerio de Economía y Hacienda que la confirmó, de fecha 24 de noviembre de 1995, y que impusieron a mi mandante dos multas de 10.000.000 ptas. y 500.000 ptas., respectivamente, revocándolas y dejándolas sin efecto"*.

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 1 de octubre de 1996, en que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó la Sala dictase sentencia *"confirmado en todos sus extremos la resolución recurrida"*.

**CUARTO.-** No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia con fecha 27 de febrero de 1998, cuya parte dispositiva es como sigue *"FALLAMOS: Que desestimando el presente recurso contencioso-administrativos interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. P. M. S. en nombre y representación de la mercantil "B., SGIIIC, S.A.", 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"*.

**QUINTO.-** Con fecha 29 de junio de 1998 "B., S.G.I.I.C., S.A." interpuso esta Sala el presente recurso de casación número 6245/1998 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

1) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 24.1 y 2 de la Constitución en relación con el 17.5 del Reglamento de Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto.

2) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los artículos 8 y 32.3.a) de la Ley 46/1984, de 26 de Diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y de su jurisprudencia.

3) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 32.3.a) de la Ley 46/1984 al calificar como grave la imputación realizada.

4) Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 103 de la Constitución en relación con el 32.3.a) de la Ley 46/1984 y de los artículos 25 y 9 de la Constitución en relación con el 32.2.a) de la Ley 46/1984.

**SEXTO.-** Por auto de esta Sala de 25 de junio de 1999 se acordó admitir el recurso en cuanto a la multa de diez millones de pesetas pero inadmitirlo en cuanto a la sanción por importe de 500.000 pesetas, declarando la firmeza de la sentencia recurrida en cuanto a esta última.

**SÉPTIMO.-** El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

**OCTAVO.-** Por providencia de 26 de febrero de 2003 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 14 de mayo siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia de Madrid con fecha 27 de febrero de 1998, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por “B., S.G.I.I.C., S.A.” contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de noviembre de 1995 que confirmó la dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 1 de junio de 1995. En una y otra se impusieron a aquella financiera las sanciones que hemos reseñado en el primero de los antecedentes de esta sentencia.

La admisión del presente recurso de casación ha quedado limitada tan sólo a las cuestiones relativas a la primera de las infracciones sancionadas, esto es, a la comisión de una infracción grave comprendida en la letra a) del artículo 32.3 de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, consistente en no haber remitido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores información veraz relativa al número de participes de los fondos “M., FIM” y “M., FIAMM”.

**SEGUNDO.-** La Sala de instancia rechazó los argumentos de la demandante respecto de dicha infracción por las siguientes razones que, en síntesis, transcribimos:

A) En cuanto a la inexistencia de acta en el expediente sancionador, consideró que *“[...] 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 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”.*

B) En cuanto a la comisión, en si, de la referida infracción grave el tribunal sentenciador precisó que había de analizar previamente si la entidad financiera había de hecho remitido o no esa información a la Comisión Nacional de Mercado de Valores y si tal remisión era legalmente exigible. Afirmó a este respecto lo siguiente:

*“La recurrente no discute que la CNMV desconociera la identidad de las personas que eran participes 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 de que el 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. [...] La actora sostiene que el artículo 8 no exige la remisión a la Comisión de información sobre la identidad de los participes, reconocimiento 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. [...]”.

C) En relación con la inexistencia de daños y la calificación como grave de la infracción, y ante la afirmación actora de que no había producido daños y que la Administración no había realizado actividad probatoria en este sentido, el tribunal sentenciador considero:

*“[...] 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 cumplimiento 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”.*

**TERCERO.-** Los tres motivos de casación, todos ellos articulados al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, se corresponden con las tres cuestiones que acabamos de reseñar, y mediante ellos se combaten las apreciaciones que al respecto realizó la Sala de instancia.

En el primero se denuncia la infracción del artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución en relación con el 17.5 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. El argumento de la recurrente estriba en mantener, de nuevo, que la ausencia de acta vicia el contenido de los actos recurridos.

El motivo será desestimado. La referencia a los dos apartados citados del artículo 24 de la Constitución es inapropiada para demostrar que la mera inexistencia de un acta vulnera o bien el derecho a la prueba o bien la presunción de inocencia. Es inapropiada, decimos, porque las actas son uno más de los instrumentos de la acción administrativa en sus funciones de constatación y eventual sanción de los ilícitos de este género, pero no el único. Cuando no hay realmente discusión sobre los hechos sino sobre su calificación jurídica, en nada se vulneran aquellas disposiciones constitucionales por el hecho de que los expedientes administrativos correspondientes dejen de tener una acta inspectora.

La norma incluida en el artículo 17.5 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora se limita a disponer que los hechos constatados por funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad, y que se formalicen en documento público observando los requisitos legales pertinentes, tendrían valor probatorio, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos o intereses puedan señalar o aportar los propios administrados. En el caso de autos, como bien afirma la sentencia impugnada, no había problemas en cuanto a la fijación del hecho clave, que realmente era y es admitido por la entidad financiera.

En efecto, el hecho sancionado era el no haber remitido a la Comisión Nacional del Mercado de Valores información veraz relativa a los partícipes de los fondos "M., FIM" y "M., FIAMM". Cosa distinta (y sobre ello versa el segundo motivo de casación) es precisar cuál era el alcance jurídico de la obligación de informar. Pero si se llega a la conclusión de que tal deber se extiende a la determinación de los partícipes, no cabe duda de que la información proporcionada por "B., S.G.I.I.C., S.A." a la Comisión Nacional de Mercado de Valores fue incompleta y, por lo tanto, no veraz.

En la medida en que dicha información omitía consignar (puesto que la propia entidad afirmaba desconocerlas) las identidades de los partícipes en los Fondos, su contenido era necesariamente incompleto, sin que sobre este hecho en concreto –insistimos– hubiera habido en realidad debate requerido de actuaciones probatorias adicionales. La ausencia de "acta" en el expediente no afecta, pues, en este supuesto, a la acreditación del hecho que la Comisión Nacional del Mercado de Valores va a considerar constitutivo de infracción. Si realmente lo era o no constituye el objeto del segundo motivo de casación.

**CUARTO.-** En este segundo motivo de casación, de nuevo al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, se denuncia la infracción de los artículos 8 y 32.3.a) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, de Instituciones de Inversión Colectiva. Considera también infringida la "jurisprudencia que se invoca" limitada a las sentencias de 23 de diciembre de 1991 y 29 de junio de 1992, relativas a la inviabilidad de la aplicación analógica de las disposiciones sancionadoras.

El estudio del motivo exige previamente definir el marco normativo (legal y reglamentario) que resulta de aplicación.

El artículo 32.3 de la Ley 46/1984 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 y 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 artículo 8 de la misma Ley dispone en su apartado cuarto cuál ha de ser la información que las Instituciones de Inversión Colectiva deberán publicar en la forma que reglamentariamente se determine (folleto, una memoria anual y cuatro informes trimestrales) y en el apartado quinto obliga a tales instituciones a facilitar la información que les sea requerida por la administración al objeto de facilitar su control.

El Real Decreto 1393/1990 de 2 de noviembre, aprobó el Reglamento de las Instituciones de Inversión Colectiva y su artículo 10 se refiere a las obligaciones de información que han de suministrar las Instituciones de Inversión Colectiva. Concretamente dispone en su apartado cinco que *"el Ministro de Economía y Hacienda y la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán recabar de las Instituciones reguladas en el presente Reglamento la información adicional que estimen necesaria en orden al cumplimiento de sus respectivas competencias, pudiendo establecer el contenido y modelo de los correspondiente documentos de información, así como los plazos de su remisión. En particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer con carácter general la obligación de remitir periódicamente a dicha Entidad, según los modelos que se aprueben, información"*

*relativa al cumplimiento de los coeficientes a que se refieren los artículos 4, 17, 26, 37 y 49, y a sus estados financieros”.*

El último escalón en el proceso gradual de delimitar con precisión el contenido concreto de la información que las tan citadas instituciones habían de suministrar a los órganos de control es el configurado por la Circular 7/1990, de 27 de diciembre, de la Comisión del Mercado de Valores, sobre Normas contables y estados financieros reservados.

Dicha Circular, tras recordar que el nuevo Reglamento de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, faculta al Ministerio de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para dictar las normas contables, criterios de valoración y modelos de estados financieros de carácter reservado de las Instituciones de Inversión Colectiva que deben ser suministrados a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, trae causa precisamente de la Orden de 20 de diciembre de 1990 que confiere aquella habilitación.

La Circular, sobre la base de lo dispuesto en el Real Decreto y en la Orden que se acaban de citar, regula pormenorizadamente los datos (y modelos documentales) que las instituciones han de poner a disposición de la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que ésta lleve a cabo una adecuada y eficaz supervisión. No se discute por la recurrente que entre esa información está la correspondiente a los participes del fondo.

La aplicación de este cuadro normativo hecha por la Sala de instancia es correcta y no ha vulnerado los preceptos legales que en el segundo motivo de casación se invocan.

Dichos preceptos legales exigen para su efectividad la cooperación de normas de rango subordinado, utilizando una técnica normativa bien conocida. Si el precepto que describe la infracción (artículo 32.3. letra a) considera como tal el incumplimiento de obligaciones formales y, entre ellas, la falta de remisión de la información a que se refiere el artículo 8 de la propia Ley, que a su vez remite a las disposiciones reglamentariamente aprobadas en la materia, es claro que ninguno de los dos preceptos legales pueden entenderse infringidos por la Sala cuando considera que la sociedad demandante no cumplió la obligación de informar en los términos concretos y singulares que le imponían precisamente aquellas normas reglamentarias.

Podría eventualmente discutirse –y a ello renuncia la sociedad demandante en este segundo motivo– si la exigencia de información sobre los participantes de los fondos, que ella misma admite figura entre las impuestas por la Circular de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se acomodaba o no a derecho. Pero si se admite este presupuesto, como de hecho ocurre, la falta de remisión de los datos obligatorios puede encajarse, sin dificultad hermenéutica alguna, en el tipo sancionador integrado por los artículos cuya infracción se denuncia, complementados, según ellos mismos imponen, por las normas reglamentarias de desarrollo.

**QUINTO.-** El tercer y último motivo de casación, igualmente al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, vuelve a denunciar la vulneración del mismo artículo 32.3.a) de la Ley 46/1984, censura que la parte recurrente dirige a la Sala de instancia por

haber ésta admitido la calificación como grave de la infracción administrativa sancionadora.

Ya hemos consignado cómo el tribunal sentenciador llegó a esta conclusión tras advertir, por un lado, que la falta de remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de los datos omitidos podía poner en peligro grave tanto a los partícipes como a los terceros *“dada la importancia que la naturaleza de las participaciones tiene para éstos”*; por otro lado sostuvo que era la propia Ley 46/1984 la que *“presume ese peligro en determinadas infracciones como es el caso que nos ocupa”*.

Podría admitirse, con la recurrente, que la dicción literal del artículo 32.3.a) de la Ley 46/1984 no impone de modo automático que cualquier omisión de datos se haya finalmente de calificar como infracción grave. Cabe imaginar supuestos en que las características del dato omitido, por su práctica irrelevancia o por la inidoneidad misma de la omisión a los efectos de producir perjuicios (piénsese en datos de remisión obligatoria que figuran en poder del órgano de control, por ejemplo), no permitan su tipificación jurídica como infracción grave, degradándola a leve.

No es este, sin embargo, el caso de autos. La importancia del dato omitido es innegable, pues se extiende, en términos generales, a la identificación de los partícipes de los fondos mismos. El incumplimiento generalizado de la obligación formal de informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre tal circunstancia (precisamente como consecuencia de haber emitido participaciones al portador que no eran hábiles para conocer la identidad de sus tenedores y, derivadamente, para comunicarla al órgano de control) bien puede calificarse en los términos en que la Administración lo hizo y la Sala de instancia corroboró.

Si la Ley *“presume”*, como bien dice la sentencia recurrida, que la no remisión de la información debida resulta, en principio, una infracción grave del régimen jurídico de la instituciones de inversión colectiva, esta presunción es plenamente aplicable al caso de autos dada la relevancia de la información omitida. La omisión es de suyo idónea para *“poner en peligro cierto y grave”* los intereses de los partícipes mismos o de terceros, según exige el tan citado artículo 32.3.a) de la Ley 46/1984, con independencia de que dicho riesgo se haya traducido o no, a posteriori, en perjuicio efectivo. SEXTO.- Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 102.3 de la precedente Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## **FALLAMOS**

No ha lugar al recurso de casación número 6245/1998 interpuesto por *“B., S.G.I.I.C., S.A.”* contra la sentencia que, con fecha 27 de febrero de 1998, dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Novena) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso Número 114 de 1996. Con imposición a la parte recurrente de las costas en este recurso de casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.