

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 3 DE JUNIO DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 174/97
Ponente: D. Ramón Verón Olarte
Acto recurrido: Resolución de la CNMV de 23 de mayo de 1996, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 1996
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a tres de Junio de mil novecientos noventa y nueve.

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 174/97, interpuesto el Procurador de los Tribunales Sr. T. A., en nombre y representación de la mercantil A., SGC, contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 23 de mayo de 1996 confirmada mediante recurso ordinario por el Subsecretario de Economía y Hacienda de 20 de diciembre 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 1 de junio de 1999, 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 el Procurador de los Tribunales T. A., en nombre y representación de la mercantil A., SGC, impugna la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 23 de mayo de 1996 confirmada mediante recurso ordinario por el Subsecretario de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 1996, por la que se impuso a la mercantil recurrente una sanción por mantener, a 28 de febrero de 1995, dentro

de la cartera propia, con carácter de inversión permanente, pagarés de RENFE por importe de 1.000.000 de pesetas y un pagaré de UFASA por importe nominal de 6.197.732 pesetas. Tal hecho es constitutivo, a juicio de la Administración, de una infracción de las previstas en el artículo 100.o) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 84.2 del RD 1393/90, de 2 de noviembre.

SEGUNDO.- La parte recurrente fundamenta su impugnación en las dos razones que a continuación se exponen. Comienza esta parte señalando que se le imputa una infracción como tipificada en el artículo 100.o) de la Ley del Mercado de Valores; dicho precepto se remite a los seis apartados del artículo 99 sin que la resolución exprese cuál de dichos apartados es el aplicable por lo que, a su juicio, nos encontramos ante una situación que conculca el principio de legalidad, consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución pues el ciudadano debe ser informado tanto de la acusación que contra él se formula como de la "lex certa", requisitos que no se cumplen en el presente caso. Añade que en ninguno de los apartados del artículo 99 consta que constituya infracción la adquisición por cuenta propia de valores no admitidos en ningún mercado oficial, ya que el apartado se refiere a condiciones que debe cumplir el sujeto mediador. En relación con la cita del artículo 84.2 del Real Decreto 1393/90 afirma que no es posible a tipificación de infracciones por medio de un real decreto pues forzosamente han de verificarse mediante ley formal. De lo anterior deduce que los hechos no están tipificados como infracción administrativa y que, en todo caso, la resolución no expresa una lex certa en la que basarse para imponer la sanción.. Por otro lado, y en relación con la sanción impuesta, sostiene que la Administración debió acudir al criterio del beneficio bruto antes que al criterio del 2% de fondos propios para la imposición de la sanción.

La Administración demandada, por medio de su representación procesal, alega que los cargos imputados consisten en la realización por la recurrente de actividades no permitidas al haber adquirido por cuenta propia valores no admitidos a negociación en ningún mercado secundario oficial, lo que se encuentra tipificado en el artículo 100.o) citado en relación con la letra q) del artículo anterior. Todo ello en relación con los artículos 71.j y 76.d de la Ley del Mercado de Valores. En cuanto a la segunda cuestión, no discute el recurrente la imposición de la sanción de multa, limitándose a criticar la utilización del criterio de los recursos propios en lugar del criterio de beneficio bruto obtenido. Con relación a ello el Abogado del Estado sostiene que la elección de una sanción entre varias posibles ha de ajustarse, necesariamente, al principio de proporcionalidad, remitiéndose al fundamento de derecho séptimo de la resolución sancionadora y que entre lo sanciones susceptibles de ser impuestas no cabe elegir el del beneficio obtenido dado que la adquisición de esos valores, en principio, no conlleva beneficio alguno.

TERCERO.- Habiendo quedado planteada la litis como se acaba de exponer y existiendo conformidad en cuanto a los hechos, son dos las cuestiones a tratar: la tipificación de los hechos y el criterio elegido para la imposición de la sanción.

En relación con la primera cuestión se ha de partir del artículo 100.o) de la Ley del Mercado de Valores a cuyo tenor "*constituyen infracciones graves de las personas físicas y jurídicas a que*

se refiere el artículo 95 de esta Ley, los siguientes actos u omisiones: o) Los incumplimientos previstos en los apartados a), c), d), h), j) y q) del artículo anterior, cuando tengan carácter ocasional o aislado o no concurra la nota de habitualidad a que tales apartados se refieren". Por su parte el artículo 99 de la misma norma, tipifica como infracción muy grave, en el apartado q) "el ejercicio o la realización habitual de las actividades u operaciones comprendidas en el artículo 71 de esta Ley por entidades o personas no habilitadas al efecto".

Por otra parte, el Real Decreto 1393/90, de 2 de noviembre, dispone en su artículo 84.2 que "las sociedades Gestoras de Carteras únicamente podrán adquirir valores por cuenta propia en los mismos términos que para las Agencias de Valores se establecen en el artículo 23 del Real Decreto 276/89, de 22 de marzo. En ningún caso podrán comprar o vender valores por cuenta propia a las personas cuyas carteras administre".

Es decir, de lo dicho hasta ahora cabría concluir que constituye infracción administrativa la realización de operaciones prohibidas a las sociedades Gestoras de Carteras, las cuales solo podrán adquirir valores por cuenta propia en los casos a los que se les permite a las Agencias de Valores. Esto hace que debamos analizar los casos en que estas entidades pueden llevar a cabo la referida actividad.

Para ello se ha de acudir a al artículo 23 del Real Decreto 276/89 el cual dispone que "las Agencias de Valores podrán negociar valores por cuenta propia, siempre con carácter instrumental y transitorio, cuando ello resulte indispensable para evitar el incumplimiento de obligaciones derivadas del desarrollo de sus actividades de negociación de valores por cuenta ajena en los mercados secundarios oficiales y de las restantes actividades por cuenta ajena autorizadas por el artículo 71 de la Ley del Mercado de Valores (al que ya se refería el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores ya analizado).

Las Agencias de Valores podrán también adquirir valores por cuenta propia con el fin de invertir de manera estable sus recursos propios. Dichos valores deberán estar admitidos a negociación en algún mercado secundario oficial y su negociación deberá realizarse en todo caso con quien sea miembro del mismo.

Asimismo, las Agencias de Valores podrán adquirir valores por cuenta propia de conformidad con último inciso del número 3 del artículo anterior".

Es decir, la actora sólo podía haber adquirido valores admitidos a cotización oficial en algún mercado secundario lo que no ocurre con los pagarés de UFASA y de RENFE.

Por otro lado, el artículo 76.d) de la Ley del Mercado de Valores establece que las Sociedades Gestoras de Carteras solamente podrán desarrollar la actividad contemplada en el artículo 71.j) del citado texto legal que se refiere a "gestionar carteras de valores de terceros, en cuyo caso no podrán negociar por cuenta propia con el titular de los valores objeto de la gestión".

Así pues, el incumplimiento ha sido evidente y la tipificación reúne todos los requisitos exigidos por el artículo 25 de la CE y, entre ellos, el de lex certa.

CUARTO.- Por lo que se refiere a la segunda y última cuestión a tratar en la presente sentencia conviene recordar que el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores, modificada en éste punto por la disposición adicional novena de la Ley 3/92, prevé una serie de sanciones que van desde la amonestación pública y la multa hasta la suspensión o limitación del número y clase de operaciones a realizar. El actor no discute la procedencia de la sanción de multa; en lo que no se encuentra de acuerdo es en el criterio elegido por la Administración para determinar el importe de la multa pues entiende que se ha de acudir al criterio del beneficio bruto obtenido en vez del acogido por la Administración del porcentaje sobre los recursos propios de la entidad.

Pues bien, esta Sección entiende que se han de rechazar los argumentos de la actora dado que el criterio del beneficio obtenido resulta inaplicable en la mayoría de los casos en que se sanciona conductas consistentes en realización de actividades prohibidas. En efecto, la adquisición de los valores, constitutiva de la infracción recurrida, no genera beneficio alguno para la empresa sancionada. Esa actividad podrá dar lugar, cuando se vuelvan a enajenar los pagarés, a un beneficio pero éste, desde luego, es inexistente en aumento de la adquisición.

Ello hace que, de acogerse el criterio del beneficio obtenido propugnado por la actora, no se podría sancionar conductas claramente constitutivas de infracción por desconocerse el beneficio que en la operación prohibida, y sin embargo realizada, pueda generar al infractor por el solo hecho de mantener en el patrimonio propio los valores adquiridos sin volverlos a enajenar. Por la misma razón, tampoco se podría sancionar estas conductas prohibidas cuando, enajenados los valores ilícitamente adquiridos, se hicieran por un importe inferior al de adquisición, esto es, cuando el resultado obtenido a la fecha de la amortización de los valores fuese de signo negativo.

QUINTO.- 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. T. Á., en nombre y representación de la mercantil A., SGC., contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 23 de mayo de 1996 confirmada mediante recurso ordinario por el Subsecretario de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 1996, 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.