

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 28 DE
JULIO DE 1998**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª.

Recurso nº: 438/1996
Ponente: D. Fernando Ortiz Montoya
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, confirmada en
via de recurso ordinario por Resolución del Ministerio de Economía y
Hacienda, de 26 de enero de 1996.
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veintiocho de Julio 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 438/96, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don R.S.M., en nombre y representación de "S.S., S.I.M., S.A.", contra las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, de fecha 6 de septiembre de 1995, así como del propio Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 26 de enero 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 21 de julio de 1998, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. Fernando Ortiz Montoya.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En 26 de enero de 1996, el Ministerio de Economía y Hacienda resuelve no admitir y en todo caso desestimar el recurso ordinario interpuesto por "S.S., S.I.M., S.A.", contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 6 de septiembre de 1995, por la que se le imponen cinco sanciones de un millón de pesetas cada

una y una de 250.000 pesetas, por la comisión de cinco infracciones graves y una infracción leve, respectivamente, en materia de Ordenación y Disciplina del Mercado de Valores.

Antecedentes:

1º) Durante los días comprendidos entre el 30 de mayo y el 2 de junio de 1994, se efectuó una visita de supervisión a la Entidad mencionada. Del resultado de dicha visita se elaboró un informe, con fecha 21 de junio de 1994, por la Dirección de Instituciones de Inversión colectiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el que se detallan las siguientes irregularidades:

- a) Se hallan pendientes de transcripción al Libro de Actas los acuerdos adoptados por la Junta de Accionistas y Consejo de Administración desde el 30 de junio de 1990.
- b) Inexistencia de acuerdo de nombramiento de auditores y de comunicación a la C.N.M.V. de cambios en los mismos.
- c) Irregularidades en los registros contables de la cuenta de tesorería (discrepancias en el valor contable de la cartera y de la tesorería por un importe de 9 millones respecto a la información pública remitida junto al informe de auditoría).
- d) Inexistencia de facturas de algunos gastos e inversiones.
- e) Errores en la contabilidad (contabilización de determinadas operaciones utilizando cuentas erróneas)
- f) Contabilización de gastos ajenos a la actividad de la sociedad.
- g) Retrasos y falta de remisión de información a la CNMV.
- h) Inversiones no adecuadas al fin social.
- i) Incumplimiento de los coeficientes de inversión mínima.
- j) Incumplimiento de los coeficientes de diversificación.
- k) Incorrecta valoración de la cartera.
- l) Falta de comunicación de participaciones significativas y bajos volúmenes de cotización y frecuencia.

2º) El Consejo de la CNMV, en 13 de octubre de 1994, acordó incoar expediente sancionador a la compañía "S.S., S.I.M., S.A." y a Don J.R.P., Don R.Q.A. y Don G.C.R, miembros del Consejo de Administración, por la presunta comisión de determinadas infracciones tipificadas en la Ley 46/84 de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, entre ellos:

a) como infracciones graves comprendidas en el art. 32.3 de la citada Ley:

a1) Haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia de los requisitos legalmente establecidos, lo que podría resultar presuntamente constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra j) en relación con los artículos 62 del Real Decreto 1393/90 y 204 de la Ley de sociedades anónimas.

a.2) No haber remitido a la C.N.M.V los informes públicos correspondientes al primer y tercer trimestre de 1993 (infracción del art. 32.3 de la Ley 46/84 letra a).

a.3) Haber excedido en los ejercicios de 1992, del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor ("El Encinar de los Reyes, S.A." y "Metrovacesa"). Artículos 4.1.b) de la Ley 46/84 y 4.1.b. de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1393/90 de 2 de noviembre lo que podría resultar presuntamente constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra c).

a.4) Haber excedido en los ejercicios de 1992, 1993 y 1994, el límite del 40% del activo en valores emitidos o avalados por una misma entidad en los que supera el límite del 5 por 100 (artículo 4.1.b) de la Ley 46/84 y 4.1-b.) de su Reglamento) lo que podría resultar constitutivo de la infracción grave comprendida en la letra c).

b) como infracción leve comprendida en el artículo 32.2 de la Ley 46/84: "haber remitido a la CNMV (con fecha 30 de mayo de 1994) el informe de auditoría y las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993, con retraso sobre el plazo establecido, lo que podría ser constitutivo de la infracción leve comprendida en la letra f) en relación con el artículo 30 del Reglamento. En el propio acuerdo se designan a los Instructores del expediente y notificada la incoación a los interesados.

3º) Con fecha 17 de noviembre de 1994 "S.S., S.I.M., S.A." presentó escrito de alegaciones.

4º) El 23 de noviembre de 1994, los Instructores formularon el pliego de cargos en el que se estima que pueden ser constitutivos de 7 infracciones muy graves, 4 infracciones graves y 1 infracción leve, tipificadas, respectivamente en los apartados 4, 3, y 2 del artículo 22 de la Ley 46/84.

5º) En las fechas que constan en el expediente se notificó el pliego de cargos a los expedientados, concediéndoseles un plazo de 20 días para la formulación de descargos.

6º) Con fecha 21 de diciembre de 1994 "S.S., S.I.M., S.A." presentó escrito de alegaciones al pliego de cargos.

7º) El 21 de marzo de 1995 "S.S., S.I.M., S.A.", solicita de la C.N.M.V. su exclusión del Registro de Instituciones de inversión colectiva de la C.N.M.V. como Sociedad de Inversión Mobiliaria y de cotización en la Bolsa de Madrid.

8º) Con fecha 12 de junio de 1995, los Instructores del Expediente formularon propuesta de resolución.

9º) El 6 de julio de 1995 "S.S., S.I.M., S.A." presentó escrito de alegaciones formulando los que consideró convenientes a su derecho.

10º) El Consejo de la CNMV, en su reunión del día 26 de junio de 1995 adoptó el acuerdo de dividir el expediente sancionador en dos partes: una relativa a los hechos que se consideran constitutivos de 3 infracciones muy graves, comprendidas en las letras a), b) y e) del artículo 32.4 de la Ley, y otra relativa a los hechos que se consideran constitutivos de cinco

infracciones graves comprendidas dos en la letra c) y tres en la letra j) del artículo 32.3 y una infracción leve, comprendida en la letra f) del artículo 32.2 de la Ley.

11º) En su reunión del día 6 de septiembre de 1995, el Consejo de la CNMV adoptó la resolución ahora recurrida, en virtud de lo cual, acordó imponer a "S.S., S.I.M., S.A." los siguientes:

1. Por la comisión de una infracción grave del artículo 32.3 j) de la Ley 46/84, consistente en el incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas desde el 30 de junio de 1990, multa de 1.000.000 de pesetas.

2. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3 j) consistente en el incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por el Consejo de Administración desde el 30 de junio de 1990, multa de 1.000.000 de pesetas.

3. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3 c) de la Ley consistente en haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite máximo del 10 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor (El Encinar de los Reyes, y Metrovacesa.) multa de 1.000.000 de pesetas.

4. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el art. 32.3c) de la Ley consistente en haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por una misma entidad en la que supera el límite del 5 por 100, multa de 1.000.000 de pesetas.

5. Por la comisión de una infracción grave comprendida en el artículo 32.3 j) de la Ley consistente en haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia de los requisitos legalmente establecidos multa de 1.000.000 de pesetas.

6. Por la comisión de una infracción leve comprendida en el art. 32.2 f) de la Ley consistente en haber remitido a la CNMV el informe de auditoria y las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993 con un retraso sobre el plazo establecido, multa de 250.000 pesetas.

12º) La referida resolución fue notificada a "S.S., S.I.M., S.A." según consta en el expediente y ella misma reconoce.

13º) Con fecha 3 de noviembre de 1995 "S.S., S.I.M., S.A." interpone recurso ordinario frente a la citada resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, solicitando la suspensión de la resolución impugnada.

14º) La CNMV emite su informe.

Fundamentos Jurídicos:

1º) El recurso ha sido interpuesto ante autoridad competente.

2º) Si se interpone el recurso fuera de plazo procede declarar la inadmisión del recurso.

3º) El plazo de interposición debe considerarse (48.2 Ley 30/92) "de fecha a fecha" citando la S.T. Constitucional 32/89 de 13 de febrero.

4º) Habiéndose practicado la notificación de la resolución el 3 de octubre de 1995 el recurso se interpone el 3 de noviembre de 1995, lo que supondría conforme a lo anterior STC haberlo interpuesto en tiempo hábil; sin embargo conforme al cómputo de plazos de la nueva Ley 32/92 procede la declaración de extemporaneidad y consiguientemente la inadmisión del mismo. No obstante para no perjudicar el principio de tutela efectiva procede entrar en el fondo del mismo.

5º) Plantea, en primer lugar, la recurrente que la resolución impugnada es nula de pleno derecho por cuanto se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido pues "no ha existido comunicación previa al interesado y que no conocía a las personas que realizaban la inspección y en que calidad lo hacían" y "que las pruebas no se han obtenido por medios ajustados al ordenamiento jurídico" y que la actuación supervisora se ha realizado vulnerando la inviolabilidad del domicilio". Contra esto se puede decir que la Sociedad "S.S." es una Sociedad de Inversión Mobiliaria por lo que está sujeta a la normativa, que con su inscripción acepta; pues se inscribió voluntariamente en el Registro de Sociedades de Inversión Mobiliaria, y conforme al artículo 63 del Reglamento 1393/90 está sujeta a la inspección de la CNMV, y esta sujeción está también expresada en el art. 85 de la Ley 24/1988 de 28 de julio, del Mercado de Valores. La inspección no fue realizada "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido", sino que fue comunicada telefónicamente al Presidente de "S.S." y realizada por dos técnicos de la CNMV que por solo ese hecho tenían habilitación siendo realizada la inspección en el domicilio social de la Entidad y después, por indicación del presidente en su despacho profesional". Respecto a que la obtención de la información y de las pruebas que la CNMV consideró suficientes para iniciar el expediente se obtuvo por medios no ajustados al ordenamiento jurídico se ha de señalar que depende de cada una de las infracciones el uso de formas jurídicas, así la relativa a límites máximos (10 por 100 y 40 por 100 del activo) los hechos se pusieron de manifiesto en los controles de legalidad que la propia CNMV realiza sobre la documentación remitida por la propia entidad según la Circular 7/90, de 27 de diciembre; y lo relativo a los otros cargos se derivaron de un dato objetivo como es la fecha de registro de entrada en la CNMV de las cuentas anuales, y así mismo se puso de manifiesto en su información trimestral del cambio de auditor; en cuanto a la transcripción de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración fue puesta de manifiesto por el propio Secretario del consejo a quien corresponde la capacidad de certificar los actos y acuerdos adoptados por Junta y Consejo y de poseer sus libros. En cuanto a la inviolabilidad del domicilio, el propio secretario del Consejo de Administración manifiesta que se acordó que los técnicos de la CNMV realizasen su labor en su despacho profesional, por lo demás de los puntos arriba consignados se ve que el desarrollo del expediente sancionador se siguió por sus cauces, sin que la recurrente negara los hechos que se le imputaban hasta el punto de que voluntariamente solicitaron la baja de los Registros Oficiales de la CNMV, reconociendo implícitamente que no reunían los

requisitos precisos para continuar inscritos como Sociedad de Inversión Mobiliaria, discutiendo únicamente sobre la calificación jurídica de los hechos imputados.

6º) Entrando en el fondo alega la impugnante que no ha incumplido el deber de transcribir los acuerdos (cargos 1 y 2) sino que en todo caso "habría incurrido en un retraso y que no ha lesionado ni puesto en peligro los intereses de los accionistas o terceros por lo que el hecho no constituye infracción": pero el deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General y por el Consejo de Administración constituye una obligación que viene impuesta por la normativa reguladora de las Sociedades Anónimas y su incumplimiento, al tratarse de Sociedad que cotiza en Bolsa, lesionó gravemente los intereses de terceros adquirentes. Ni siquiera sería posible emitir certificaciones válidas. Si bien es cierto que, efectivamente, no se han lesionado los intereses de los actuales accionistas, ello se debe, en definitiva a que "S.S., S.I.M., S.A." no es una verdadera Sociedad de Inversión Mobiliaria, en cuanto que no es patrimonio de una colectividad, sino una sociedad patrimonial de carácter marcadamente familiar, en la que el matrimonio constituido por Don J.R.P. y Dña. M.I.V. ostenta una participación del 3% y un 96'97% respectivamente del capital social, siendo además, el primero, Presidente Consejero Delegado.

7º) Respecto al hecho sancionado de haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite máximo del 10% del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor (cargo 3º) la recurrente manifiesta su disconformidad con los porcentajes recogidos en la resolución impugnada, sosteniendo que los excesos se produjeron como consecuencia de cambios en las valoraciones, habiéndose actuado siempre en interés de la Sociedad y sus Accionistas. Pero el artículo 4.l b) de la Ley 96/84 de la Ley de Instituciones de Inversión colectiva (en su redacción dada por la D.A. sexta de la Ley 24/88 de 28 de julio) establece: "ninguna institución podrá tener invertido en valores emitidos o avalados por una misma entidad más del 5 por 100 del activo de la Institución. Este límite queda ampliado al 10 por 100, siempre que el total de las inversiones de la Institución en valores en los que se supere el 5 por 100 no exceda del 40 por 100 del activo de la misma". Pues bien, de la aplicación estricta de los criterios establecidos en el anterior artículo a la información mensual (Inventarios de cartera. Estados M.04) remitida a la CNMV resultan los porcentajes recogidos, y en dichos estados el valor de realización de cartera recoge, en contra de lo que dice el impugnante, tanto las plusvalías como las minusvalías latentes. Los excesos se produjeron tanto a valor histórico o contable como a valor de mercado, esto es, desde el mismo momento de la adquisición del valor y no, como pretende la recurrente, por cambios en la valoración. La propia Ley 46/84 tipifica dichos hechos con base en la ausencia de transitoriedad y el volumen del exceso, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 32 de la Ley 46/84 y 65 del Real Decreto 1393/90.

Invoca la recurrente la aplicación al caso de lo dispuesto en el art. 4.4 del RD 1393/90 conforme al cual el exceso sobre los límites de inversión no se reputará infracción siempre que la Institución, en el plazo de un año, contado desde que se produjo el exceso, proceda a su regularización, y el mismo se deba, entre otras circunstancias, a cambios de valoración de los mismos. Pero olvida mencionar que el propio artículo invocado añade en su último párrafo que "no será de aplicación la excepción establecida en éste número y, en

consecuencia, existirá infracción cuando el exceso sobre los límites de inversión se produzca incluso calculando tales límites según los valores históricos de adquisición", siendo así, como ya se ha dicho, que los excesos que han originado la infracción sancionada se han producido tanto a valor de mercado como a valor histórico o contable.

8º) En cuanto al hecho objeto de sanción consistente en haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por una misma entidad en la que supera el límite del 5 por 100 (cargo 4) la recurrente manifiesta, de nuevo, su desacuerdo con los porcentajes recogidos en la resolución impugnada, pero está en el mismo caso del supuesto jurídico anterior, esto es, que los porcentajes imputados y el exceso sobre los mismos resultan de la aplicación de los criterios contenidos en el art. 4.1.b) de la LIC (46/84) y sobre la base de los datos contenidos en los informes mensuales remitidos por la recurrente a la CNMV. Invocando asimismo el artículo 4.4 del Reglamento 1393/90 se han de dar por reiteradas las conclusiones ya sentadas anteriormente.

9º) Frente al hecho imputado de haber designado al auditor de las cuentas anuales sin la observancia de los requisitos legalmente establecidos (cargo 5) opone la recurrente que tan solo se han cometido "simples irregularidades consistentes en meros retrasos en el cumplimiento de unos requisitos formales, y que no ha lesionado, ni siquiera levemente, los intereses de los accionistas y de terceros". Pues bien a este respecto la Sociedad "S.S.", en un período de cuatro años (desde 1990 a 1993) ha contado con tres auditores diferentes, nombrados por el Consejo de Administración, no siendo comunicados dichos cambios a la CNMV, vulnerando con ello la finalidad perseguida por el legislador, que no es otra que la de salvaguardar la corrección en la realización de la auditoría, con el consiguiente peligro cierto y grave para terceros dado que la entidad cotiza en Bolsa de tal modo que los informes de Auditoría remitidos a la CNMV son puestos a disposición del público, resultando preciso convenir que los terceros que consultaron tales informes vieron lesionados gravemente sus intereses por cuanto no tenían las garantías suficientes.

Alegada por la recurrente la circunstancia de la renuncia de "B.G.T. Auditores S.L." como auditor de las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993, aquella renuncia no ha sido acreditada en forma alguna.

10º) Con referencia al hecho sancionado consistente en haber remitido a la CNMV el informe de auditoría y las cuentas anuales correspondientes al ejercicio de 1993 con un retraso sobre el plazo establecido (cargo 6) alega la impugnante que la CNMV remitió a la Sociedad un escrito requiriendo la referida auditoría, concediéndole un plazo de 10 días hábiles para su remisión, lo que fue cumplimentado dentro de dicho plazo. Pues bien, a este respecto, hay que manifestar de nuevo lo ya expresado en la resolución impugnada, esto es, que la obligación establecida en el art. 30.2 del RD 1393/90 de 2 de noviembre, de remitir el informe de auditoría dentro del cuarto mes de cada ejercicio se incumple una vez que transcurrido dicho plazo la información no es remitida al citado Organismo. El requerimiento de la CNMV no supone la ampliación del plazo establecido. Por ello la remisión posterior origina exclusivamente que la gravedad de la infracción sea la correspondiente a una demora y no a la falta de remisión. En este caso el informe de Auditoría y las cuentas anuales

del ejercicio de 1993 se remitieron con fecha 30 de mayo de 1994, con una demora de un mes sobre el plazo establecido.

11º) Con referencia a las alegaciones sobre la calificación jurídica de los hechos se ha de reiterar que tanto el peligro como el daño y la desvirtuación del objeto social de la entidad son elementos integrantes del presupuesto de la infracción muy grave, siendo el propio art. 32.4 el que otorga a las actuaciones en él previstas la consideración de que conllevan un gravísimo peligro o lesión muy grave para accionistas, partícipes o terceros o desvirtúan el objeto de las instituciones.

Por lo que se refiere a la desvirtuación del objeto social manifiesta la recurrente que sí existe una verdadera sociedad de Inversión Mobiliaria; más se ha de señalar que no es solo el carácter familiar de la Entidad "S.S.", lo que desvirtúa por sí sola, el objeto social, sino que ésta desvirtuación viene dada además por la propia gestión realizada, si bien esta gestión se debe a la asunción por parte de la entidad de criterios tendentes al interés patrimonial de los accionistas mayoritarios (buscando unos beneficios fiscales) y no de los establecidos por la normativa de aplicación a las instituciones de inversión colectiva, pensados para quien gestiona patrimonios pertenecientes a una colectividad, siendo las infracciones cometidas y arriba señaladas, posibilitadas, sin duda por el carácter familiar de la entidad.

12º) Mantiene la recurrente que "la doble responsabilidad de la Sociedad y de su Consejo de Administración por unos mismos hechos es atentatoria al principio "non bis in idem". Resulta obligado establecer: a) el art. 32.7 de la Ley 46/84 (en su nueva redacción dada al mismo por la D.A. sexta de la Ley 24/88 de 28 de julio), en su párrafo segundo dice "igualmente será de aplicación en el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la CNMV lo dispuesto en los artículos 7, 14 y 15 de la citada Ley, así como en relación con las Instituciones de Inversión Colectiva que revistan la forma de sociedades anónimas (...) lo previsto en el art. 17 de la referida Ley" (Ley sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito). Por su parte el art. 15 de la Ley 26/1988 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito establece la responsabilidad de los "cargos de administración o dirección". De esta manera, una vez determinada la existencia de una infracción administrativa la Entidad aparece como sujeto infractor responsable objetiva y directamente (artículo 9, 10, 11, 12, 13 y 14 de la Ley sobre Disciplina e intervención de las Entidades de Crédito). A continuación en segundo término, cuando la infracción sea muy grave o grave y la misma sea imputable a la conducta dolosa o negligente de los que ostentan cargos de administración o dirección de la entidad (artículo 15) se impondrá "además" a éstos una sanción. Esta concepción legal responde a una teoría ya consolidada doctrinal y jurisprudencialmente, conforme a lo cual las personas jurídicas pueden ser sujetos pasivos de las sanciones de carácter administrativo en la medida en que en las infracciones de tal índole cabe su imputabilidad a diferencia de lo que acontece en el ámbito de las infracciones penales, que tan solo cabe imputar a personas físicas. Así la sentencia del Tribunal Constitucional 264/1991 de 19 de diciembre.

13º) Invoca la recurrente como circunstancia de extraordinaria relevancia jurídica, el hecho de que procedió de "motu proprio" a su descalificación como Sociedad de Inversión

Mobiliaria, considerando que ésto constituye un elemento determinante en la calificación de las sanciones, en su graduación, y en su cuantificación; y no solo como simple circunstancia atenuante; más el hecho de que "S.S., S.I.M., S.A." se diese de baja en los Registros de la CNMV en modo alguno puede remediar la responsabilidad por los hechos cometidos durante el tiempo en que asumió el carácter de sociedad de Institución de Inversión Colectiva. El hecho de su baja de Registro a petición propia puede ser elemento atenuante pero nunca eximente.

14º) Por último, estima la recurrente que las "exigencias del principio de proporcionalidad no han sido recogidas suficientemente en la resolución pues ha existido ausencia de dolo o de mala fe, ánimo de colaboración o tratarse de la primera vez que ha sufrido un expediente sancionador". Pero la jurisprudencia (STS 26-9-90; 30-10-90; y 5-5-92) tiene sentado que esta ponderación queda en la discrecionalidad de la Administración, y debe ser desarrollada en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según criterio de proporción con las circunstancias del hecho. En el presente caso las sanciones previstas en el art. 32.5 de la Ley 46/84 (LIIC) han sido impuestas en su grado mínimo, pues con el citado precepto, la sanción por cada infracción grave cometida (en este caso 5) podría ascender a 10 millones, y la leve a 500.000 pesetas por lo que se podría haber sancionado por un total de 50.000.000 millones de pesetas, habiendo quedado en 5.250.000 pesetas. En definitiva la sanción quedó debidamente graduada.

15º) Siendo la sanción firme no cabe en vía administrativa suspenderla cautelarmente, sin perjuicio de que se pueda suspender en la vía jurisdiccional si se acude al recurso contencioso administrativo.

SEGUNDO.- En 23 de febrero de 1995, la representación legal de "S.S., S.L." interpone recurso contencioso administrativo contra la anterior resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de enero de 1996, ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo contencioso administrativo, Sección Novena.

En el escrito de demanda alega

1º) Sobre la admisión del recurso que este está interpuesto dentro de plazo al contarse de fecha a fecha según el art.48.2 de la Ley 30/92.

2º) Que se ha prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ya que de conformidad con el art. 31.2 de la Ley 46/84 de LIC y el art. 63 de ese Reglamento, a la CNNV le corresponde la inspección de las instituciones de Inversión mobiliaria, debiendo integrarse la laguna legal con los principios generales del procedimiento sancionador de la Ley 30/92. Lo que se ha realizado es una inspección y nos encontramos con que los actos sancionadores impugnados son nulos de pleno derecho, ya que al amparo del artículo 62.1.e) de la Ley 30/92 de LRJAP y PAC han sido dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido pues no hay comunicación notificada al interesado en pugna con el art. 58 de la Ley 30/92.

Además todas las actuaciones supervisoras, salvo el recibimiento del primer día se realizaron con el Secretario. La Comisión Nacional del Mercado de Valores no efectuó ningún requerimiento a la recurrente desde la fecha del inicio de la inspección. Tampoco los sancionados tuvieron preciso conocimiento de las personas que actuaban y en que sentido lo hacían.

3º) En relación al incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración. Esto se ha hecho siempre por medios informáticos y por tanto, posteriormente, hay que transcribir manualmente aquellos datos informatizados al libro de actas por lo que en todo caso solo se habría producido un retraso pero no un incumplimiento, sin que haya concurrido voluntad de incumplimiento.

4º) Respecto al hecho imputado de haber excedido en los ejercicios 1992, 1993 y 1994, el límite máximo del 10 por 100 del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor ("El Encinar de los Reyes, S.A." y "Metrovacesa"). El cumplimiento extremadamente riguroso y no finalista de tales limitaciones podría acarrear repercusiones para la sociedad, contrarias a los fines buscados por tales límites legales. A continuación manifiesta en que forma "S.S. S.A." adquirió las acciones de la Sociedad "El Encinar de los Reyes"; igualmente explica como adquirió las acciones de Metrovacesa., haciéndolo en ambos casos de modo favorable para los intereses de "S.S. SIM" y en ambos casos el exceso del 10 por 100 debe considerarse como circunstancial y pasajero, de tal modo que la L.I.C. no considera esta conducta como infracción grave, pues para que esta exista "la acción u omisión debe poner en peligro cierto y grave o lesionar gravemente los intereses de los accionistas, partícipes ó terceros" cosa que no ocurrió, de tal modo que la superación pasajera y circunstancial del 10 por 100 no constituye infracción.

5º) Respecto al hecho imputado de haber sobrepasado en los ejercicios 1992, 1993 y 1994 el límite del 40 por 100 del activo en valores emitidos por una misma entidad en los que supera el límite del 5 por 100; durante estos ejercicios se sobrepasó en pequeños y pasajeros porcentajes en los siguientes términos: en 1992 en pequeñas cantidades, en 1993 en exceso: 0'70 por 100 y en mayo 2'45 por 100, en 1994 4'52 por ciento. "S.S., SIM" pasó por momentos difíciles y mantuvo la política de mantener en cartera los valores que tradicionalmente estimaba buenos, pero se mantuvo por muy pocos meses y se rebasaba en cantidad muy pequeña, de tal modo que no se puede considerar como infracción grave por las mismas causas del apartado anterior y además el art. 4.4 del Real Decreto 1393/90, de 2 de noviembre manifiesta que el exceso sobre los límites de inversión señalados no se reputan infracción cuando se regularice en el plazo de un año y se deba a cambios en la valoración de los mismos como es el caso que nos ocupa.

6º) Respecto al hecho de haber designado auditor de las cuentas anuales sin observancia: Según el art. 23.1 de la LIC "las cuentas anuales y el informe de gestión de las sociedades de inversión mobiliaria deberán ser objeto de auditoria de cuentas..." debe tenerse en cuenta: a) que aunque el acuerdo se tomó por el Consejo de Administración, y no por la Junta General de Accionistas, sin embargo la designación de los auditores gozaba de pleno respaldo de la

totalidad de los accionistas de la sociedad. b) que la designación de los auditores se realizó, conforme a la legislación de auditoria de cuentas, para el plazo mínimo de tres años, pero, por renuncia de los auditores y falta de acuerdo, hubo que proceder a la designación de otro auditor para el ejercicio de 1993. c) Que en la reunión de la Junta General de accionistas de 30 de abril de 1994 se designó a los auditores conforme a los artículos 62 del R.D. 1393/90 y 204 de la Ley de sociedades Anónimas, por todo ello se considera que estamos ante hechos que suponen simples irregularidades consistentes en meros retrasos en el cumplimiento de unos requisitos formales y que no han lesionado, ni siquiera levemente, los intereses de los accionistas y de terceros, por lo que no constituyen infracción alguna.

7º) En relación con la calificación jurídica de los hechos efectuada en las resoluciones administrativas recurridas, el principio de tipicidad reclama una definición clara, cierta y precisa de los hechos sancionados de tal modo que no puede afirmarse que la tipificación del art. 32 de la Ley 46/1984 de 26 de diciembre sea un ejemplo del mejor respeto a la tipicidad; lo que atribuye un amplio campo a la discrecionalidad administrativa que puede ser contenido por el principio de proporcionalidad que exige una relación entre la importancia de la infracción y en su caso de la sanción y la del fin que se persigue con ella. La calificación jurídica de que "S.S. SIM" no es una verdadera Entidad de Sociedad de Inversión Mobiliaria es incorrecta pues ha cumplido con los requisitos constitutivos y de permanencia que exige la normativa específica de la Ley 46/1984 y el Real Decreto 1393/90 (artículo 22 de la Ley 1984), y aunque tenga un marcado acento de sociedad familiar no por eso deja de cumplir la LIIC.

8º) La transcripción de los acuerdos adoptados por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración ya se ha dicho que no ha entrañado peligro a terceros y tampoco puede acogerse la tesis del peligro en abstracto indefinido y genérico sino que ha de ser (32.3) "grave y cierto", hecho que no concurre aquí, por lo cual desaparece el presupuesto legal determinante para calificar tales conductas como graves y en todo caso estaríamos ante dos infracciones leves del art. 32.2 de la Ley 1984.

9º) Acerca de la designación del auditor encargado de verificar el contenido de las cuentas anuales, la gravedad tampoco aparece y en consecuencia su calificación jurídica más atinada sería la de infracción leve tipificada en el art. 32.2 f) de la propia Ley.

10º) Exceso de inversión sobre los límites de concentración. Si se llegara a la conclusión de que son infracciones graves por la combinación de los art. 32.2.d) y 32.3. c) de la Ley de 1984 debería adoptarse una sanción en su grado mínimo pues ni ha mediado lesión grave ni peligro cierto ni para los accionistas ni para los hipotéticos terceros adquirentes en Bolsa.

11º) Retraso en la remisión de la auditoria relativa a la infracción leve comprendida en el artículo 32.2.f) de la Ley de 1984, consistente en haber remitido a la CNMV el informe de las cuentas anuales de 1993 en el mes de mayo con un retraso sobre el plazo establecido, estaríamos ante un mero retraso y no ante infracción alguna ya que se cumplimentó el escrito de requerimiento.

12º) Las sanciones de los administradores. La doble responsabilidad de la sociedad y de sus administradores que vulnera el principio de "non bis in idem" y establece la responsabilidad objetiva y automática de la Sociedad; la remisión al artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito contenida en el art. 32.7 párrafo segundo de la Ley de 1984 no puede ser tan tajante, automática y universal como para postular la doble responsabilidad de forma inexorable.

13º) La descalificación como Sociedad de Inversión Mobiliaria pues la sociedad afectada solicitó su baja como Sociedad de Inversión Mobiliaria en los Registros de la CNMV que no constituye una circunstancia atenuante como dicen las resoluciones recurridas sino como el elemento mas aflictivo de la sanción.

14º) Las exigencias del principio de proporcionalidad de la sanción, que debe apreciarse en los límites ya expuestos como circunstancia que lleve a sancionar más levemente las infracciones impuestas.

15º) Otras circunstancias concurrentes que son la falta de mala fe por parte de los sancionados que ha estado presente en todas las actuaciones de "S.S. SIM" ya que los sancionados han manifestado y demostrado en todo el mejor ánimo de colaborar y de subsanar por propio grado las deficiencias que pudieran haberse puesto de manifiesto, y además es la primera vez que la Sociedad "S.S." padece un expediente sancionador.

Suplica sentencia por la que entrando en el fondo del asunto, se declare la nulidad radical e insubsanable de todo lo actuado, estimando el recurso propuesto (nulidad radical por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido) y en su defecto se declare que la recurrente no ha cometido infracción alguna y por ende se deje sin efecto las sanciones impuestas y en última hipótesis, si se considerara que se han cometido infracciones se dicte sentencia por la que se estime que las infracciones son acreedoras de sanción en cuantía mínima y en todo caso inferior a la fijada por la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores luego confirmado por la recurrida.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado alega en contestación a la demanda:

1º) que en la resolución que se impugna está bien declarada la inadmisibilidad pues notificada la resolución sancionadora el 3 de octubre de 1995 se interpuso el recurso ordinario en 3 de noviembre de 1995, un día después de haberse cerrado el plazo.

2º) La circunstancia de las causas de nulidad aludidas de contrario: se dice en la demanda que la administración impuso la sanción que ahora nos ocupa prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido. Nada más alejado de la realidad por cuanto un mero repaso del expediente permite deducir sin lugar a dudas que la sanción se ha impuesto respetando escrupulosamente el procedimiento sancionador y la recurrente ha ejercitado con plenitud su derecho de defensa.

Por otra parte los hechos sancionados son reconocidos de contrario y además se deducen de la documentación obrante en poder de la CNMV.

3º) El incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos por la Junta General de Accionistas y por el Consejo de Administración que no se trata de un mero retraso por cuanto el art. 113 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas establece un plazo de 15 días para aprobar el Acta, cuyo plazo no fue respetado. Y además, el demandante no había transcrito los acuerdos de la Junta al libro correspondiente en el momento en que fue incoado el expediente sancionador, por lo que no ha existido un simple retraso, sino que cuando se inicia la actividad sancionadora la infracción había sido ya cometida.

4º) El exceso de inversión en los ejercicios de 1992, 1993 y 1994, del límite máximo del 10% del activo en valores emitidos o avalados por un mismo emisor. Se alega el número 4.4 del RD 1393/90 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/84 reguladora de las Instituciones de inversión Colectiva. El mencionado precepto establece que los excesos de inversión en determinados activos no se reputa la infracción siempre que se regularicen en el plazo de un año. Ahora bien, tal causa de exoneración no se aplica a todo exceso, sino únicamente a los debidos a una o varias de las circunstancias establecidas en el mencionado precepto, entre las que no se encuentra la inversión formulada de contrario; pues en el último párrafo del mencionado precepto, se señala expresamente que existe infracción cuando el exceso sobre los límites de inversión se produzca incluso calculando tales límites según los valores históricos de adquisición; y eso es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en que calculando los valores históricos de la adquisición los mencionados límites se superan.

5º) El exceso de inversión en los ejercicios 1992, 1993 y 1994: a) respecto al límite del 40 por 100 la contraparte se limita a negar las valoraciones de tales activos formulados por la CNMV contradiciendo sus propias alegaciones, pues al folio 29 de la demanda se reconoce que los límites se superan aunque sea en pequeña cuantía (y que en marzo de 1994 alcanzaban el 4'52%) estando la sanción bien aplicada pues la recurrente no acredita, ni propone prueba, para demostrar que las valoraciones de la Comisión sean erróneas, existiendo pues un principio de presunción de veracidad derivada de la presunción de legalidad de los actos administrativos, y además tales valoraciones se efectúan teniendo en cuenta los propios datos que mensualmente remitió la demandante a la CNM de Valores.

6º) El retraso en la remisión de la auditoría está reconocido y si se emitió el requerimiento es precisamente porque no se había remitido la documentación dentro del plazo legal.

7º) La designación de Auditor de Cuentas sin observancia de los requisitos legalmente establecidos que está reconocida por la recurrente pues debiendo ser nombrados los auditores por la Junta General de Accionistas lo han sido por el consejo de Administración. El hecho de que tales irregularidades no hayan tenido notable trascendencia o hayan causado perjuicio importante a los accionistas o a terceros se ha tenido en cuenta para moderar la sanción.

8º) Sobre el principio "non bis in idem". Según el Tribunal Constitucional, dicho precepto supone que no recaiga duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, pero en el caso que nos ocupa la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito establece la responsabilidad de los administradores y de la Sociedad por las infracciones contempladas en dicha Ley y además esta Sección en sentencia de 10 de abril de 1995 (981/93) ya se ha manifestado sobre que la Ley citada establece una responsabilidad acumulada de personas físicas y jurídicas que se fundamenta en distintos títulos: las personas jurídicas responden del incumplimiento de su deber de control de la actuación de sus empleados, mientras que las personas físicas de su negligencia en el ejercicio de sus cargos. En el caso que nos ocupa es indudable la responsabilidad de la Sociedad como persona jurídica incumplidora y de los administradores responsables directos, de los mismos. Entre los responsables físicos está por supuesto el Consejero Delegado.

9º) La Entidad estaba inscrita en el Registro de Sociedades de Inversión colectiva de la CNMV y por ello fue sancionada; al darse de baja en el Registro citado no se pierde su personalidad jurídica y por tanto no pierde su condición de Entidad imputable.

10º) Por último las sanciones no infringen el principio de proporcionalidad y tratándose de faltas graves se imponen las multas moderadamente.

Suplica sentencia declarando la inadmisibilidad de la demanda y subsidiariamente confirmando en todos sus extremos el acuerdo recurrido.

CUARTO.- El artículo 48.2 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, determina que en los plazos que se fijan por meses o por años el cómputo se hará de fecha a fecha de tal modo que notificada la resolución sancionadora en 30 de octubre de 1995 el recurso planteado en 30 de noviembre de 1995 no está fuera de plazo, y por tanto no es extemporáneo sino que es admisible. Afortunadamente la resolución ministerial aunque determina la inadmisibilidad entra a examinar el fondo del recurso ordinario en virtud del principio de tutela efectiva, por lo cual la declarada inadmisibilidad no impide que sea subsanado por el posterior estudio de la resolución recurrida.

QUINTO.- La mayoría de las cuestiones que aquí se debaten ya han sido desestimadas acertadamente en la resolución que se ataca, así 1º) se ha seguido el trámite sancionador con todos sus pasos tal y como resulta de la exposición de los antecedentes de hecho. 2º) El incumplimiento del deber de transcribir los acuerdos adoptados por la Junta General y el Consejo de Administración no es un mero retraso sino un incumplimiento del art. 113 de la Ley de Sociedades Anónimas que precisa un plazo de 15 días, y además deja indefensos a los terceros que quieran consultar la situación económica de la empresa. 3º) Las infracciones por acumulación de acciones por encima de los límites de riesgo y superación de 5 por 100 de los valores emitidos por entidades superando el 40 por 100 del activo de las mismas no han sido negados por la recurrente y la remisión al art. 4.4 del Real Decreto 1393/90 ha sido desvirtuado por el carácter habitual de dichos excesos. 4º) Los auditores de cuentas han sido

efectuados por el Consejo de Administración y no por la Junta General y en todo caso han dejado al descubierto las posibilidades de consulta de los terceros que quisieran entrar en la Sociedad. 5º) La sanción distinta de la Empresa y de sus administradores viene permitida por los artículos 9 a 14 y 15 y siguientes de la Ley 26/88 de 29 de junio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. 6º) La descalificación de la entidad de los registros de la C.N.M.V. fue adoptada por la propia sociedad familiar y esto motivó que la sanción fuera la mínima dentro de las graves.

SEXTO.- La única cuestión nueva que no se introduce es la determinación de la proporcionalidad.

En efecto el art. 32.3 de la Ley 46/84 de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva (LIIC) establece primeramente *"son infracciones graves aquellas que signifiquen incumplimiento de obligaciones formales o de normas de carácter sustantivo cuando la acción u omisión lesionen gravemente los intereses de los accionistas, partícipes o terceros"* y a continuación describe los tipos que ya han sido señalados en la resolución sancionadora.

En cambio en el art. 32.2 de la misma norma dice *"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"*.

La distinción entre falta grave (art. 32.3) -multa de hasta 10 millones- y falta leve (sanción de 500.000 pesetas) es importantísima, por lo cual la recurrente trata de que sus patentes infracciones se valoren como leves, en virtud del principio de tipicidad y en su defecto del principio de proporcionalidad.

Es cierto que tratándose de una sociedad familiar la gestión ha sido beneficiosa para la entidad "S.S." pero se trata no de una sociedad familiar, sino de una "SIM" Sociedad de Inversión Mobiliaria y en este sentido la actuación de "S.S." ha mantenido en la más completa oscuridad a aquellos terceros que pudieran haber invertido en dicha Sociedad de Inversión Mobiliaria, de tal modo que si se tratase de una simple Sociedad Anónima no inscrita en la C.N.M.V. podría admitirse una infracción leve pues no ha perjudicado a los accionistas o partícipes, pero tratándose de una Sociedad de Inversión Mobiliaria abierta al público las infracciones son graves en cuanto perjudican gravemente a los terceros.

Así pues la ponderación sólo sirve para imponer la sanción grave, bien que en su grado mínimo, lo que determina la corrección de la sanción impuesta y la necesidad de desestimar el recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.- No ha lugar a imposición de costas por no existir temeridad ni mala fe.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. S.M., en nombre y representación de "S.S., S.A." contra el Ministerio de Economía y Hacienda, debemos declarar y declaramos ajustadas a Derecho las resoluciones del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 6 de septiembre de 1995, así como la del propio Ministerio de fecha 26 de enero de 1996, salvo en lo que se refiere a la inadmisibilidad del recurso ordinario; todo ello sin costas.

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