

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 3 DE
MAYO DE 1996**

Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª.

Procedimiento: Ley 62/78 (Derechos Fundamentales)
Recurso nº: 1039/95
Ponente: Dña. Inés Huerta Garicano
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a tres de mayo de mil novecientos noventa y seis.

VISTOS por la Sala, constituida por los Srs. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78, nº 1039/95, interpuesto por el Procurador D. V.R.C., actuando en nombre y representación de D. M.R.R., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de septiembre de 1995, por la que se le imponían dos multas de 2.000.000 de ptas. cada una de ellas, como autor responsable de dos infracciones graves (incumplimiento del coeficiente de liquidez y superación del límite de concentración de riesgos), tipificadas en el apartado g) del art. 100 de la Ley 24/88, del Mercado de Valores.

Han sido partes la Comisión Nacional del Mercado de Valores, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y Abogado del Estado, D. G.J.B. y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase la resolución impugnada.

SEGUNDO.- La representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores formuló alegaciones en las que interesaba la confirmación de la Resolución impugnada.

El Ministerio Fiscal, en igual trámite, postuló el dictado de sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO.- Habiéndose recibido el proceso a prueba, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 30 de abril de 1996, teniendo lugar.

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

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la Resolución sancionadora recurrida incide negativamente en el contenido constitucional del art. 25 de la Constitución.

Las alegaciones en las que la parte actora funda su pretensión impugnatoria son:

a) Infracción del principio "non bis in idem" por cuanto se han incoado dos procedimientos por unos mismos hechos: el administrativo sancionador que ha desembocado en la Resolución hoy recurrida y las Diligencias Previas que se siguen en el Juzgado de Instrucción nº 26 de esta Capital en virtud de querrela formulada por el Ministerio Fiscal.

b) La no aplicación de la figura del concurso medial de infracciones conculca, igualmente, el principio "non bis in idem".

c) Lesión del principio de legalidad, reconocido en el art. 25.1 CE. Dicho principio se lesiona en su vertiente material porque el art. 100 g) de la Ley del Mercado de Valores, en aplicación del cual se le ha sancionado, remite al art. 73 -concretamente los apartados aplicables son el 2 k) y h)- y de sus términos se desprende claramente que no contiene referencia alguna al carácter de ilícito administrativo de dicha conducta, ni existe referencia expresa al art. 100, incluso, ni siquiera configura de manera explícita una obligación regulando sus elementos esenciales, sino que se limita a realizar una mera habilitación reglamentaria genérica, lo que lleva directamente a la infracción del principio de legalidad en su versión formal, dado que los elementos esenciales del ilícito han de estar tipificados en norma con rango de ley y, sin embargo, el coeficiente de liquidez se fija en la Orden Ministerial de 28 de julio de 1989, ya que el R.D. 276/89 se limita a habilitar al Ministerio de Economía y Hacienda -dentro de un límite mínimo y máximo- para su fijación y lo mismo cabe decir respecto del límite de concentración de riesgos, si bien, en este caso, la habilitación reglamentaria en blanco que realiza el art. 73.2 h) se satisface mediante la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 1343/92.

Concluyó postulando la nulidad del Acto impugnado por lesionar derechos fundamentales del recurrente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido por la Administración demandada, de las alegaciones vertidas en los escritos forenses de las partes y de las pruebas practicadas, quedan acreditados los siguientes extremos:

1) El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó, en fecha 16 de junio de 1994, incoar expediente sancionador, entre otros, a D. M.R.R., por la presunta comisión: a) de una infracción muy grave, comprendida en la letra i) del art. 99 de la Ley 24/88 (incompatibilidad del cargo de Consejero de una Sociedad de Valores con una participación

superior al 20% en el capital de una Sociedad Gestora de Instituciones de Inversión Colectiva, por ostentar el cargo de Consejero de G.M.B., S.A., SVB, teniendo una participación en el capital social de G.M., SGIIC, S.A. del 29,74%, simultaneando ambas circunstancias desde el 18 de noviembre de 1992; b) una infracción grave, tipificada en el art. 100 g) del mismo texto legal, por incumplimiento del coeficiente de liquidez durante los ejercicios 1993 y 1994; c) Infracción muy grave, tipificada en el art. 99 e), por irregularidades contables en las cuentas anuales y estados financieros correspondientes al ejercicio 1993, remitidos a la Comisión Nacional del Mercado de Valores; d) Infracción muy grave del art. 99 s), por simulación de transferencias por las actuaciones practicadas en relación a la supuesta adquisición de CUENTAFONDO FIAMM de diversos valores de renta fija por importe de 1.271 millones de pesetas entre diciembre de 1993 y enero de 1994; e) Infracción grave del art. 100 g), por superación del límite de concentración de riesgos mediante el mantenimiento de saldos deudores de determinados clientes en noviembre de 1993, marzo y abril de 1994 por encima de los máximos autorizados.

2) El 7 de julio de 1994, el referido Consejo incoa un nuevo expediente por la presunta comisión de una infracción muy grave tipificada en el art. 99 s) de la tan citada Ley 24/88, por simulación de transferencias por las actuaciones practicadas en relación a la supuesta adquisición por CUENTAFONDO FIAMM de diversos valores de renta fija por un importe de 1.271 millones de pesetas en diciembre de 1993 y enero de 1994.

3) El 14 de diciembre de 1994, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dictó Resolución por la que se acordaba la acumulación de ambos expedientes. En Resolución de 26 de julio de 1995 se acordó la división del expediente –previamente acumulado- en dos partes, la primera relativa a los hechos supuestamente constitutivos de infracciones muy graves –en la que recayó Resolución sancionadora del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995- y la segunda, comprensiva del resto de los hechos imputados, concluida con la Resolución aquí impugnada de 6 de septiembre de 1995.

4) El 14 de julio de 1995 el Ministerio Fiscal formuló querrela criminal contra, entre otros, el hoy recurrente, originando las Diligencias Previas 3590/95 del Juzgado de Instrucción nº 14, acumuladas a las Diligencias Previas nº 2261/95 del Juzgado de Instrucción nº 26 de esta Capital, actualmente en tramitación, por delitos continuados de estafa, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil, tipificados, respectivamente, en los arts. 528 y 529.7; 535 en relación con los arts. 528 y 529.7; 303 en relación con el art. 302.2., 3, 4, 6 y todos ellos en relación con el art. 69 bis) del Código Penal.

TERCERO.- Conviene recordar, con carácter previo, que el cauce procesal elegido por el demandante para el ejercicio de su pretensión impugnatoria es el establecido en la Sección Segunda de la Ley 62/78, destinado, única y exclusivamente, a la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en los arts. 14 a 30 de la Constitución.

Quedan, por consiguiente, fuera de esta vía, preferente y sumaria, cuantas cuestiones afecten a la mera legalidad ordinaria jurídico-administrativa del acto impugnado –tales

como la no aplicación de la teoría del concurso de infracciones- que habrán de ser planteadas a través del oportuno procedimiento ordinario.

Partiendo de este presupuesto, la Sala habrá de limitar su actuación jurisdiccional a determinar si el acto impugnado incide o vulnera el art. 25 de la C.E.

CUARTO.- Partiendo de este necesario presupuesto y de que la Resolución impugnada no es otra que la de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de septiembre de 1995, las cuestiones a resolver son la supuesta infracción del principio "non bis in idem" y la conculcación del principio de legalidad en materia sancionadora administrativa.

El principio general de Derecho, o regla jurídica no positivizada, conocida con el brocardo "non bis in idem" significa, en su vertiente material, la garantía para quien comete un acto ilícito de que no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho y, en su aspecto procesal, que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, constituyendo, en todo caso, un límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración.

Si bien la Constitución prescindió de su formulación expresa, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que dicho principio está íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, reconocidos en el art. 25.1 de la C.E. (STS 2/81, 30 de enero; 159/85, de 27 de noviembre; 66/86, de 23 de mayo...), teniendo la consideración, a efectos de los recursos de amparo -tanto ordinario como ante el Tribunal Constitucional-, de derecho fundamental.

El referido principio, en una de sus manifestaciones más conocidas -la que aquí nos interesa- supone la imposibilidad de que recaiga una duplicidad de sanciones -administrativa y penal- sobre unos mismos hechos, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (STC 2/81; 94/86, de 8 de julio; 234/91, de 10 de diciembre).

QUINTO.- En el supuesto de autos será preciso analizar si entre el procedimiento administrativo sancionador y la causa penal que se tramita en el Juzgado de Instrucción nº 26 de esta Capital existe esa triple identidad prohibida por el referido principio .

Ciertamente en ambos procedimientos existe, o parece existir, una identidad de sujetos, al menos en cuanto a la persona del actor.

Sin embargo, la Sala no advierte identidad de hechos ni de fundamento, imprescindible para apreciar la violación constitucional denunciada.

En el procedimiento penal se investigan unos hechos supuestamente constitutivos de los delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil. El procedimiento administrativo sancionador que concluye con la Resolución impugnada se contrae, únicamente, a sancionar el incumplimiento de dos obligaciones formales de

naturaleza administrativa: el coeficiente de liquidez y el límite de concentración de riesgos impuesto por la normativa aplicable a entidades financieras.

Tampoco existe esa igualdad de fundamento. La dualidad normativa -arts. 528 y 529.7; 535 en relación con los arts. 528 y 529.7; 303 en relación con el art. 302.2, 3, 4, 6 y todos ellos en relación con el art. 69 bis) del Código Penal, y art. 100 g) de la Ley 24/88 - tienen un interés jurídicamente protegido diverso. Mientras que el bien jurídico protegido en los delitos de estafa y apropiación indebida es cualquier elemento patrimonial ajeno y la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico, y en el delito de falsedad en documentos mercantiles, el bien jurídico lesionado no es otro que la protección de la fehaciencia del documento. La finalidad fundamental que persigue la tipificación administrativa del incumplimiento de las obligaciones formales antes citadas es garantizar la solvencia de las entidades financieras y, por tanto, tutelar los derechos de los terceros.

Tal diversidad de hechos y fundamento excluye, a juicio de la Sección, toda posibilidad de afectación negativa del "non bis in idem", permitiendo la coexistencia simultánea de ambos procedimientos con dos campos de actuación distintos.

Tampoco entendemos que entre las infracciones aquí sancionadas y las que han sido objeto de sanción por la Resolución del Consejo de Ministros se den los presupuestos para la aplicación de la técnica del concurso medial. En todo caso la cuestión, como decíamos en el ordinal Tercero, es de estricta legalidad ordinaria sin repercusión en el ámbito de los derechos fundamentales y, además, el reproche habría de formularse contra la Resolución sancionadora dictada por el Consejo de Ministros el pasado 13 de octubre de 1995 -acto no impugnado en este recurso y para cuyo enjuiciamiento, en todo caso, carecería de competencia esta Sala-, dado el planteamiento que hace la parte.

SEXTO.- La actora considera, igualmente, que se ha conculcado el principio de legalidad en materia sancionadora, consagrado en el art. 25.1 de la Constitución.

Según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional, plenamente asumida por el Tribunal Supremo, el principio de legalidad del art. 25.1 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 existencia de preceptos jurídicos (lex previa) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (lex certa) aquellas conductas y se sepa a qué 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"* (STC 61/90, de 29 de marzo, entre otras muchas y a título de ejemplo SSTC 11/81, 15/81, 3/88, 101/88...).

Ambos principios son objeto de matizaciones en el campo del Derecho Administrativo Sancionador. Así, con referencia al principio de reserva de Ley, ya en la STC 219/89, de 21 de

diciembre, doctrina reiterada, entre otras, en la 61/90, 45/94, de 15 de febrero y 306/94, de 14 de noviembre, se decía que " *...sólo 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 públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia u oportunidad. Más aún, 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 vendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 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 está siendo contestada en la actualidad desde algunos 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 ha sido expresamente calificada por el Tribunal Constitucional en el Fundamento Jurídico 5 B) de la tantas veces citada STC 386/93, el principio de reserva de ley pierde parte de su fundamento material en cuanto que aquellas relaciones son "*...expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del ius puniendi genérico del Estado*" (SSTC 66/84, 2/87, 42/87) y se admite un margen más amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones.

SÉPTIMO.- Considera, básicamente, la recurrente que en la medida que el art. 100 g) de la Ley 24/88 tipifica el incumplimiento de las obligaciones a que se refiere el art. 73 y que sus apartados 2 k) y h) -por lo que aquí interesa- remiten, a su vez, a la determinación reglamentaria y es la Orden Ministerial de 28 de julio de 1989 la que fija el coeficiente de liquidez en un 10% en relación con la Circular de la CNMV 6/90 y la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 1343/92 la que determina el límite de concentración de riesgos, se vulnera el principio de legalidad.

Este criterio no es compartido, sin embargo, por la Sala. En primer lugar existe una atribución legal de potestad sancionadora en la Ley 24/88. En segundo lugar la tipificación de las infracciones por las que ha sido sancionado se ha verificado en una norma con rango de ley formal, de forma incompleta, eso sí, pues se remite expresamente a disposiciones reglamentarias -de ineludible observancia en la actividad de toda Sociedad y Agencia de Valores, cuyo incumplimiento constituye infracción grave o muy grave. Se trata de una ley en blanco o ley de remisión o de un supuesto de colaboración reglamentaria que no constituye una excepción a la reserva de ley, sino una modalidad de su ejercicio. Ciertamente la reserva de ley puede funcionar de dos formas distintas: En la primera es la Ley la que por si misma regula la materia reservada, pero cabe otra variante, mucho más frecuente dada la rigidez que, en materia sancionadora administrativa, supone la regulación exclusiva en la Ley. En ésta la reserva de ley se presenta en dos fases: a) la ley regula lo esencial (tipifica como infracción el incumplimiento de las obligaciones impuestas en su art. 73) y b) el reglamento -Orden Ministerial y Real Decreto- remitido completa la descripción

del tipo al fijar concretamente el coeficiente de liquidez y el límite de concentración de riesgos, cuyo incumplimiento constituye la infracción legalmente predeterminada. Esta técnica es plenamente admitida, incluso en el campo del Derecho Penal, mucho más riguroso en la materia. Baste recordar como ejemplo el Título V del vigente Código Penal, integrado por normas en blanco en cuanto que no describen los tipos sino que se remiten a otras leyes o reglamentos administrativos. Esta técnica ha sido "santificada" por el Tribunal Constitucional, que en sentencia 127/90, de 5 de julio, admite *"las normas penales incompletas en las que la conducta o las consecuencias jurídico penales no se encuentran agotadoramente previstas en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de contener la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la existencia de certeza o, como señala la Sentencia 122/87, se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación plenamente conminada"*.

Y si esto es posible en el campo del Derecho Penal, con mayor motivo lo será en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador y particularmente en el seno de relaciones de sujeción especial donde las modulaciones del principio son más intensas. El núcleo central de la infracción está perfectamente delimitado en la Ley 24/88 -art. 100 g) en relación con el art. 73.2 k) y h)- de forma que los destinatarios de la norma -las Sociedades y Agencias de Valores- tienen un perfecto grado de certeza de su contenido y de la responsabilidad en la que, por su incumplimiento, pueden incurrir. Principios de reserva legal y de tipicidad que, en opinión de la Sala, quedan plenamente salvaguardados.

OCTAVO.- Los razonamientos precedentes llevan a la desestimación de la pretensión, y, por imperativo del art. 10.3 de la Ley 62/78, procede imponer las costas a la parte demandante.

FALLAMOS

Que **DESESTIMANDO** el recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78, nº 1039/95, interpuesto por el Procurador D. V.R.C., actuando en nombre y representación de D. M.R.R., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de septiembre de 1995, por la que se le imponían dos multas de 2.000.000 de ptas. cada una de ellas, como autor responsable de dos infracciones graves (incumplimiento del coeficiente de liquidez y superación del límite de concentración de riesgos), tipificadas en el apartado g) del art. 100 de la Ley 24/88, del Mercado de Valores, debemos declarar y declaramos que la Resolución impugnada no incide negativamente en el contenido constitucional del art. 25.1 de la C.E., y, en consecuencia, confirmamos -desde esta perspectiva constitucional- su validez y eficacia. Con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte recurrente.

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe recurso de casación que habrá de prepararse, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 96 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ante esta Sección en el plazo de diez días, computados desde el siguiente a su notificación.

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