

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 14
DE ABRIL DE 1998**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 808/96
Ponente: Don Juan Miguel Massigoge Benegiu
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, confirmada en vía de recurso ordinario por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de febrero de 1996
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a catorce de Abril 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 808/96, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Don V.R.C., en nombre y representación de Don M.R.R., contra la resolución de fecha 6 de Septiembre de 1995, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de Febrero 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 al resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplican 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 31 de Marzo 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. JUAN MIGUEL MASSIGOGE BENEGIU.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo tiene por objeto determinar la conformidad o no con el ordenamiento jurídico de la resolución de fecha 6 de Septiembre de 1995, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 13 de Febrero de 1996, que impusieron a la actora las siguientes sanciones:

"a) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) de artículo 100 de la Ley 24/88 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento del coeficiente de liquidez, durante los ejercicios 1993 y 1994, multa de dos millones pesetas (DOS MILLONES DE PESETAS)

b) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 del mismo texto legal, por superación del límite de concentración de riesgos, mediante el mantenimiento de saldos deudores de determinados clientes, durante los ejercicios de 1993 y 1994, multa de 2.000.000 pesetas (DOS MILLONES DE PESETAS)"

SEGUNDO.- Los hechos son los siguientes:

1.- Con fecha 16 de Junio de 1994, el Consejo de la CNMV acordó incoar al Sr. R.R expediente sancionador por la presunta infracción muy grave del artículo 99, letra l) de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores (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., S.A., S.V.B." –en adelante "G."- teniendo una participación en el capital social de "G.M., S.G.I.I.C, S.A." del 29,74% simultaneando ambas circunstancias desde el 18 de Noviembre de 1992).

2.- En la misma fecha el Consejo de la CNMV acordó incoar expediente sancionador a "G.", y a sus Consejeros, entre ellos el Sr. R.R., por presuntas infracciones graves del artículo 100, letra g) de la Ley 24/1988 (incumplimiento del coeficiente de liquidez en los ejercicios de 1993 y 1994, y 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 permitidos) y otras muy graves del artículo 99, letras e) y s) de dicha Ley (respectivamente, por irregularidades contables sustanciales reflejadas en las cuentas anuales y estados financieros remitidos a la CNMV correspondiente al ejercicio de 1993, y por simulación de transferencias por las actuaciones practicadas en relación a la supuesta adquisición por "C.F., FIAMM" de diversos valores de renta fija por un importe de 1.291 millones de pesetas en diciembre de 1993 y Enero de 1994).

3.- En 7 de Julio de 1994, el Consejo de la CNMV acordó incoar expediente sancionador a "G." y a sus Consejeros, entre ellos el Sr. R.R., por presunta infracción muy grave del artículo 99, letra s) de la Ley 24/1988, (haber realizado operaciones en Septiembre de 1993 que implicaban simulación de transferencias de titularidad de Bonos de BCL, obligaciones de RENFE, de Huarte y Cia y de Endesa).

4.- Los expedientes han sido sustanciados por sus trámites reglamentarios, acordándose el 14 de Diciembre de 1994, su acumulación (junto con otros instruidos a "G.M., S.G.I.I.C., S.A." y a sus Consejeros; y a "Caja de Ahorros V.C.A.") el 26 de Julio de 1995, su división en dos partes: una, en relación a los hechos presuntamente constitutivos de infracciones muy graves; y otra, relativa a los demás hechos.

5.- Sobre estos últimos, el Consejo de la CNMV ha dictado resolución, con fecha 6 de Septiembre de 1995, acordando, en lo que se refiere al interesado lo siguiente:

“Imponer a Don M.R.R. las siguientes sanciones:

1º.- Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 de la Ley 24/88 de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento del coeficiente de liquidez, durante los ejercicios de 1993 y 1994, multa de 2.000.000 de pesetas (DOS MILLONES DE PESETAS).

2º.- Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 del mismo texto legal, por superación del límite de concentración de riesgos, mediante el mantenimiento de saldos deudores de determinados clientes, durante los ejercicios 1993 y 1994, multa de 2.000.000 pesetas (DOS MILLONES DE PESETAS).

G) Interpuesto contra la anterior resolución recurso ordinario fue desestimado por acuerdo del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 13 de Febrero de 1996.

TERCERO.- La actora legal en esencia en apoyo de su pretensión las consideraciones siguientes:

a) Infracción del principio “non bis in idem”, amparado por el Art. 25 CE con violación asimismo del Art. 96 de la Ley 24/88 de 28-7 del Mercado de Valores como consecuencia de la querrela criminal formulada por el Ministerio Fiscal en fecha 14 de Julio de 1995, contra la actora y otros por los presuntos delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad documental siguiéndose diligencias previas nº 2261/95 por el Juzgado de Instrucción nº 26 de los de Madrid.

Considera que la citada querrela criminal esta fundada en núcleos de los hechos que se consideran probados en la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y si bien las infracciones que se imputan a la actora en la resolución aquí impugnada no se encuentran tipificadas en norma de carácter penal por lo que no cabría alegar la infracción del principio “non bis in idem” desde el punto de vista material si se produce tal infracción desde el punto de vista procedimental que prohíbe el enjuiciamiento simultáneo de los mismos hechos debido al carácter subordinado de la Potestad sancionadora de la Admón.. con respecto a la atribuida a los Tribunales de Justicia.

B) Infracción de la teoría del concurso de infracciones y en concreto del Art. 4.4 del RD 1398/93, y ello por cuanto que se imputa a la actora, si bien no en el presente expediente por resultar calificada como infracción muy grave, la comisión de irregularidades sustanciales en la contabilidad de “G.” sin tener en consideración la relación de medio a fin que dicho cargo guarda con las infracciones aquí imputadas de incumplimientos de los coeficientes de liquidez y del límite de concentración de riesgos.

C) Violación del principio de legalidad amparado por el Art. 25.1 CE en su vertiente material como se desprende de la Sta TC 341/93 que determina la necesidad de que las normas que describan las obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento se configura como infracción por otra norma (tipificación indirecta) hagan referencia expresa a la norma en cuya virtud se les atribuye tal carácter.

Considera asimismo infringida la vertiente formal del principio de legalidad, sin que pueda oponerse a ello la existencia de una relación de sujeción especial.

El Abogado del Estado entiende que no se ha producido infracción alguna de los principios constitucionales alegados por la actora solicitando la confirmación de los acuerdos recurridos.

CUARTO.- En relación con la 1ª cláusula de las alegaciones formuladas por la actora, el TC y el TS se han pronunciado reiteradamente en relación con el alcance del principio "non bis in idem" estableciendo que:

" El principio "non bis in idem" no aparece constitucionalmente consagrado de manera expresa, pero esta omisión no impide reconocer su vigencia en nuestro ordenamiento, porque, como ha declarado este Tribunal, desde su sentencia 2/1981, de 30 de Enero, dicho principio está íntimamente unido a los de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas en el Art. 25 de la C.E.

Dicho principio del "non bis in idem", tal y como lo ha venido interpretando este Tribunal -sentencias 2/1981, de 30 de Enero; 159/1985, de 27 de Noviembre (RTC 1985/159) y 23/1986, de 14 de Febrero (RTC 1986/23)- impone por una parte la prohibición de que, por autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrañar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "ius puniendi" del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la Administración, esté justificado el ejercicio del "ius puniendi" por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora por la Administración" (Sta. TC 94/86 de 8-7); asimismo en Sta. 77/83 de 3-10 el TC concreta que:

"4.- La sentencia de este Tribunal de 30 de Enero de 1981 (Boletín Oficial del Estado, número 47, de 24 de Febrero) (RTC 1981/2), reconoce el principio llamado de non bis in idem, íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el artículo 25 de la Constitución. El principio "non bis in idem", determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que el plano jurídico pueda producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado".

Desde el punto de vista normativo en el caso que examinamos el Art. 96 de la Ley 24/88 de 28-7 determina la suspensión del procedimiento sancionador administrativo cuando por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible se esté tramitando un procedimiento penal.

Tal principio se deduce asimismo de lo dispuesto en el Art. 137.2 de la Ley 30/92 de 26-XI y se recoge en el art. 7 del RD 1398/93 de 4-8 que prevé la suspensión del procedimiento

administrativo cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la penal que pudiera corresponder.

QUINTO.- En el caso que se examina las infracciones administrativas imputadas a la actora esta tipificadas en el art. 100 g) de la Ley 24/88 de 28-7 y hacen referencia al incumplimiento del coeficiente de liquidez y a la superación del límite de concentración de riesgos.

Reconoce al respecto la actora que tales infracciones no se encuentran tipificadas como delitos en el Código Penal o en Leyes penales especiales y así resulta en efecto.

En consecuencia no resulta posible apreciar en este caso la posibilidad de una dualidad de procedimientos permitidos por el ordenamiento jurídico administrativo y penal, puesto que no cabe sancionar penalmente las conductas imputadas en vía administrativa luego difícilmente cabe hablar de una infracción de la manifestación procedimental del principio "non bis in idem" al que alude la actora.

Por otra parte, resulta evidente que no concurre tampoco en el caso examinado la necesaria identidad de sujeto, hecho y fundamento entre las actuaciones penales y administrativas si se tiene en cuenta que la querrela criminal formulada por el Ministerio Fiscal lo ha sido por los supuestos delitos de estafa, apropiación indebida y falsedad en documento mercantil.

Finalmente los propios hechos imputados en el procedimiento administrativo que ahora nos atañe, antes referidos, han de producirse necesariamente como consecuencia de la actividad mercantil de la actora en el transcurso de la cual y como consecuencia de determinadas operaciones reflejadas por el Ministerio Fiscal en su querrela se han producido también los supuestos delitos que en la misma se reflejan pero ello no implica la identidad de hechos que han de considerarse en vía penal y administrativa; los hechos que puedan dar lugar a delitos de estafa apropiación indebida y falsedad en documento mercantil difícilmente cabe pensar que vayan a dar lugar a un incumplimiento del coeficiente de liquidez o a la superación de un límite de concentración de riesgos.

SEXTO.- Se alega por la actora en segundo lugar la existencia de un concurso de infracciones como viene hoy recogido en el Art. 4.4 del RD 1398/93 de 4-8 y ello poniendo en relación las infracciones imputadas en el expediente del que trae causa no sancionadas por la CNMV al no ser competente para ello dada su calificación de muy graves, y más concretamente con la infracción consistente en irregularidades sustanciales en la contabilidad.

Pero es lo cierto que las irregularidades sustanciales en la contabilidad no determinan la infracción de los coeficientes de liquidez o la superación del límite de concentración de riesgos.

Tales infracciones tienen una realidad independiente de la forma de llevar la contabilidad siendo lo cierto que no era posible deducir su existencia sin efectuar las necesarias correcciones contables como se desprende claramente de los párrafos

extractados por la actora de la resolución impugnada en su escrito de demanda y concretamente de la consideración jurídica quinta, donde se concreta que los incumplimientos del coeficiente de liquidez fueron aflorados al requerirse a "G." la reelaboración del Balance Reservado (Estado M.1) y Coeficiente de Liquidez (Estado LI. 1) y en la consideración jurídica sexta, de la que se desprende que se detecta la superación del límite de concentración de riesgos cuando a instancias de la CNMV se dejan de compensar los saldos acreedores y deudores transitorios de clientes y asimismo de los hechos probados de la propuesta de resolución que también refleja la actora en su demanda donde se establece que la forma de llevar la contabilidad ha impedido conocer la verdadera situación patrimonial y financiera de "G."

En definitiva ha de concluirse en que la incorrecta forma de llevar la contabilidad no ha originado que por la actora se infringiera el coeficiente de liquidez o se superara el límite de concentración de riesgos sino que tales circunstancias resultaran ocultadas y se hayan puesto de manifiesto al efectuar las mencionadas correcciones concurriendo por ello dos infracciones en concurso real pero no en concurso ideal como se alega por la actora.

A tal conclusión ha de llegarse asimismo en relación con la infracción imputada de simulación de transferencias pues como afirma la actora dicho cargo esta a su vez relacionado con el de irregularidades contables sustanciales y si este es un medio para la comisión del anterior sigue sin poderse apreciar su relación con las infracciones que ahora se contemplan.

SÉPTIMO.- Se alega finalmente por la actora la infracción del principio de legalidad amparado por el Art. 25 CE, y ello desde una doble vertiente: material por cuanto en base al criterio establecido en la Sta TC 341/93, de 18-XI la tipificación indirecta de ilícitos administrativos requiere que en las normas que describan las obligaciones y prohibiciones cuyo incumplimiento se configura como infracción por otra norma se haga referencia expresa a la norma en cuya virtud se les atribuye tal carácter; formal, por la tipificación reglamentaria y no legal de los elementos esenciales del ilícito.

Las normas sancionadoras aplicables al caso presente son en primer lugar la Ley 24/88 de 28-7 del Mercado de Valores, las infracciones imputadas a la actora se tipifican en el Art. 100 g) que remite a la inobservancia de las normas a que se refiere el Art. 73 de la propia Ley; que determina la necesidad para las entidades sometidas a la Ley de mantener en todo momento un volumen de recursos propios proporcionado al de su actividad y gastos de estructura y a los riesgos asumidos.

Dicho precepto en lo que aquí afecta remite al Reglamento para determinar los límites relativos al coeficiente de liquidez y concentración de riesgos, en sus apartados segundo k) y h) lo que tiene lugar en primer caso por el RD 276/89, OM de 28-7-89 y Circular 6/90 de la CNMV y en el 2º caso por el RDº 1343/92.

Pues bien entiende la Sala que en el caso presente no existe infracción alguna del principio de legalidad en su vertiente material en el sentido alegado por la actora puesto que las obligaciones cuyo incumplimiento se sanciona por el Art. 100 g) de la Ley 24/88 de 28/7 no vienen configuradas en norma diferente sino en el Art. 73 de la propia Ley con lo que se garantizan perfectamente las exigencias de seguridad y certeza a que se

refiere la Sta. 341/93, de 18-IX del TC; es una única norma en consecuencia la que configura el tipo de la infracción y por ello no existe inseguridad jurídica alguna para el posible imputado.

Cuestión diferente y que no afecta a la anterior es la de que unos índices numéricos que van a determinar los límites de liquidez y concentración de riesgos vengan determinados en normas de inferior rango jurídico pues ello resulta obligado por su carácter variable y técnico pero no afecta a la configuración del ilícito administrativo; en definitiva ha de considerarse satisfecha en el presente caso la exigencia de preceptos jurídicos que permitan predecir con suficiente grado de certeza aquellas conductas y se sepa a que atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y la eventual sanción.

OCTAVO.- La exigencia de carácter formal ha sido 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 45/94 de 15 de Febrero y 306/94, de 14 de Noviembre, se decía que "solo tiene, sin embargo, una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia u oportunidad. Mas 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 devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el artículo 25.1 de la Constitución.

Igualmente y con referencia a la garantía material se admiten también modulaciones sobre la base del reconocimiento de dos tipos de relaciones en el campo administrativo: relaciones de supremacía general y de supremacía especial o de sujeción especial –cuya existencia y justificación esta siendo contestada en la actualidad desde 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 el principio de reserva de Ley pierde parte de su fundamento material en cuanto aquellas relaciones son "... expresivas de una capacidad administrativa de autoordenación que se distingue del ius puniendi genérico del Estado" (STC 66/84, 2/87, 42/87) y se admite un margen más amplio para la regulación reglamentaria en la configuración de los tipos de infracción y de las sanciones.

Ciertamente la reserva de Ley puede funcionar de dos formas distintas: en la primera es la Ley la que por si misma regula materia reservada, pero cabe otra variante mucho mas frecuente dada la rigidez que, en materia sancionadora administrativa, supone la regulación exclusiva en la Ley. En esta la reserva de Ley se presenta en dos fases: a) la Ley regula lo esencial, tipifica como infracción el incumplimiento de los límites de liquidez y concentración de riesgos y b) el reglamento a que se remite completa la descripción del tipo al regular esas prescripciones técnicas, cuyo incumplimiento constituyen la infracción legalmente predeterminada. Esta técnica es plenamente admitida, incluso en el campo del derecho penal, mucho mas riguroso en la materia. Esta técnica ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, que en la 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 acudirse para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y este 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 de certeza o, como señala la sentencia 122/87, de 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 la garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación plenamente conminada”.

Si ello es posible en el ámbito del derecho penal mucho mas admisible lo será en el ámbito del derecho administrativo sancionador.

No apreciándose en consecuencia infracción alguna del principio de legalidad amparado por el Art. 25 CE resulta obligada en base a las consideraciones antes formuladas la desestimación del presente recurso contencioso administrativo.

NOVENO.- No se aprecian circunstancias para efectuar una expresa condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el Art. 131 LJ.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO, el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. R.C., en nombre y representación de Don M.R.R., contra la resolución de fecha 6-9-1995, del Consejo de la Comisión Nacional de Valores confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 13 de Febrero de 1996, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico. Sin costas.

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