

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 8 DE  
SEPTIEMBRE DE 1999**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª**

Recurso nº: 262/97  
Ponente: Dª Inés Huerta Garicano  
Acto recurrido: Resolución de la CNMV de 18 de abril de 1996, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 1996  
Fallo: Estimatorio

En la Villa de Madrid, a ocho de septiembre de mil novecientos noventa y nueve.

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo núm. 262/1997, interpuesto -en escrito presentado el día 18 de febrero de 1997- por el Procurador Don P. R. R., actuando en nombre y representación de «A., SA, SGIIIC», contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por O.M. de 22-7-85- de 20 de diciembre de 1996, en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 18 de abril del mismo año, por la que se la sancionaba, con sendas multas de 3.000.000 y 100.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves tipificadas, respectivamente, en el art. 32.3, apartados a) y f) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

## **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.- El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito en el que suplicó se dictase sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

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

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 7 de septiembre de 1999, 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 Ilma. Sra. D<sup>a</sup> Inés Huerta Garicano.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la resolución impugnada por la que se imponen a la recurrente dos sanciones de multa por sendas infracciones administrativas graves: 1) 32.3 a) de la Ley 46/1984, «*La falta de remisión de la información a que se refiere el art. 8 de esta Ley*» y 2) 32.3 f): «*El cobro de comisiones de gestión con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos en esta Ley, en sus disposiciones reglamentarias y en los Estatutos o Reglamentos de las Instituciones*», son, o no, conformes al ordenamiento jurídico.

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

a) Respecto de la sanción 1): a') Nulidad de actuaciones por infracción de las normas procedimentales sancionadoras al no constar en el expediente, ni haber sido reflejado en la Resolución sancionadora originaria, ni en la resolutoria del recurso ordinario, las alegaciones realizadas por la actora, reiteradamente desde el traslado de la Propuesta de Resolución, en orden a la exclusión de la primera sanción por cuanto en comunicación fechada el 11 de marzo de 1996 (apartado 4), la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores manifiesta «*Se viene observando, desde hace tiempo, que en la información estadística contenida en el modelo F6 de los Estados reservados que las Sociedades Gestoras remiten a la CNMV, se incluyen como número de partícipes el total de cuentas que posee el Fondo sin considerar la existencia de varias cuentas abiertas a nombre de un mismo titular...*», cuya copia se adjuntaba; b') Infracción del principio de seguridad jurídica, dado que hasta la fecha citada de 11 de marzo de 1996, la CNMV había conocido y tolerado que la información estadística contenida en el F06 se efectuara mediante número de cuentas, sin efectuar advertencia alguna a las gestoras que tal práctica podría considerarse incorrecta o contraria a la ley, por lo que si hasta esa fecha la propia CNMV ha tenido dudas de cómo cumplimentar el modelo F06, estableciendo claramente los criterios aplicables a partir de 11 de marzo de 1996, tales dudas no pueden ser achacables a la actora, sino a la imprecisión de la norma, por lo que no existiendo claridad en la formulación de los ilícitos no sólo se infringe el principio de tipicidad sino también el de seguridad jurídica; c') Vulneración del principio de tipicidad por cuanto la tipificación como infracción de cualquier incumplimiento del deber de remitir información carece de la necesaria predeterminación de la conducta, máxime cuando se refiere a la información contenida en el art. 8 de la propia Ley y el modelo F06 fue establecido en norma posterior y de rango inferior a Ley: la Circular 7/1990, de 27 de diciembre; d') La tipificación de la conducta sancionada exige que el incumplimiento de las obligaciones de información derivado del modelo F06 hubiera irrogado perjuicios a los accionistas de «A., SA, SAGIIC», a los partícipes del Fondo A. FIM, o a terceros relacionados con la Gestora, lo que no ha sucedido, ni acreditado la Administración, sin que quepa presumir tal perjuicio; e') Vulneración del principio «non bis in idem», pues la conducta hoy sancionada ha de considerarse subsumida en la falta muy grave del art. 32.4 g), imputada a la hoy recurrente y por la que ha sido sancionada por Orden Ministerial de 29 de abril de 1996, frente a la que se

ha deducido recurso contencioso-administrativo (521/1996) que pende ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional; f) Vulneración del principio de proporcionalidad, pues al no existir intencionalidad, reincidencia, ni perjuicio de tercero, la conducta infractora debería ser considerada leve.

b) Respecto de la sanción 2): a') La conducta sancionada no es típica porque el art. 32.3 f) hace referencia a las comisiones de gestión, cuando la recurrente ha sido sancionada por el percibo de comisiones de emisión y reembolso respecto de las que el art. 45.4 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva exige tan sólo que no pueden ser superiores al 5% del precio de las participaciones, sin que quepa la interpretación analógica ni la remisión al art. 70 de la Ley del Mercado de Valores, pues al ser posterior en el tiempo, el Legislador, si hubiera querido, hubiera modificado en tal sentido el catálogo de infracciones del art. 32.3 de la LIIIC; b') Inexistencia de daño o peligro a los accionistas, partícipes o terceros.

SEGUNDO.- Dos son las infracciones imputadas a la actora. En primer lugar ha sido sancionada, en aplicación del art. 32.3 a) de la Ley 46/1984, por incorrecta cumplimentación -al no remitir la información correspondiente al número de partícipes del Fondo A. FIM- de los modelos F06 - previstos en la Norma 12ª de la Circular 7/1990 de la CNMV-, de Información Auxiliar, remitidos por la hoy actora en los que figuraba el número de cuentas cuando, según la Administración, debería haberse informado sobre el número de partícipes.

Son varias las alegaciones impugnatorias que en relación con esta infracción articula la actora.

Se habla de nulidad de actuaciones porque la Administración no ha incorporado al expediente, ni se ha hecho eco en las Resoluciones sancionadoras de las alegaciones realizadas, desde la Propuesta de Resolución, en relación con la imposibilidad de sancionar una información que hasta el 11 de marzo de 1996 la propia CNMV había tolerado, siendo, precisamente, en comunicación remitida en la citada fecha a la actora, cuando la CNMV realiza una serie de precisiones sobre diversos aspectos *«que plantean dudas de tratamiento o interpretación»* y con referencia al modelo F06, su apartado 4 dice textualmente: *«Se viene observando, desde hace tiempo, que en la información estadística contenida en el modelo F06..., se incluyen como número de partícipes el total de cuentas que posee el Fondo sin considerar la existencia de varias cuentas abiertas a nombre de un mismo titular y si éstas se diferencian por poseer distintos cotitulares. En relación con esta práctica, ...el citado estado F06 incluirá como número total de partícipes aquellos que no estuvieran repetidos...»*.

El hecho de que la Administración no conteste expresamente los argumentos vertidos por la actora, como, desde luego, sería deseable, no constituye infracción procedimental de clase alguna, debiendo interpretarse dicho silencio como rechazo o no asunción de tales argumentos.

Se alega vulneración del principio de tipicidad porque, a juicio de la demandante, el art. 32.3 a) no contiene la imprescindible predeterminación normativa de la conducta sancionable.

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 transcendencia 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 61/1990, de 29 de marzo, entre otras muchas y a título de ejemplo SSTC 11/1981, 15/1981, 3/1988, 101/1988...).

El antecitado art. 32.3 a) de la Ley 46/1984 -en aplicación del cual se ha impuesto la primera sanción- tipifica, como infracción grave -*«cuando se ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros»*-. *«La falta de remisión de la información a que se refiere el art. 8 de esta Ley»* y el art. 8 de la referida Ley 46/1984, en su apartado 5, por lo que aquí interesa, dispone *«...las Instituciones deberán facilitar la información que les sea requerida por la Administración al objeto de facilitar su control de conformidad con el art. 31 de esta Ley»*.

El art. 10.5 del Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva dispuso: *«El Ministro de Economía y Hacienda y la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrán recabar de las Instituciones reguladas en el presente Reglamento la información adicional que estimen necesaria en orden al cumplimiento de sus respectivas competencias, pudiendo establecer el contenido y modelo de los correspondientes documentos de información, así como los plazos de su remisión. En particular, la Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer con carácter general la obligación de remitir periódicamente a dicha Entidad, según los modelos que se aprueben, información relativa al cumplimiento de los coeficientes a que se refieren los arts. 4, 17, 26, 37 y 49, y a sus estados financieros»*.

A su vez, el art. Segundo.1 de la Orden de 20 de diciembre de 1990, que desarrolla parcialmente el antecitado Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reiteró la habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar disposiciones en materia de información y normas contables de las Instituciones de Inversión Colectiva: *«...habilita a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para que, de acuerdo con lo previsto en el art. 10.1, último párrafo, del Reglamento que desarrolla la Ley 46/1984, aprobado por Real Decreto 1393/1990, de 2 de noviembre, determine el contenido y los modelos referentes a la Memoria anual del ejercicio y de los informes trimestrales de las Instituciones de Inversión Colectiva, así como para establecer reglas que hagan homogénea la información sobre rentabilidades de las diversas Instituciones, contenidas en los documentos anteriores, o que, en general, se haga pública por aquéllas»*.

En uso de dicha habilitación la CNMV dictó la Circular 7/1990, de 27 de diciembre, sobre normas contables y estados financieros reservados de Instituciones de Inversión Colectiva. Su Norma 12ª establecía las clases y plazos de rendición de los estados contables y estadísticos, entre los que se encuentran los F06, estado de información auxiliar, de periodicidad mensual.

De cuanto antecede es claro que, en el particular examinado - art. 32.3 a)-, la Ley 46/1984 constituye una ley en blanco o ley de remisión o 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 sí 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 la no remisión de la información a que se refiere su art. 8) y b) las normas reglamentarias de desarrollo completan la descripción del tipo al regular esas obligaciones de información genéricamente previstas en el citado art. 8, cuyo incumplimiento constituyen 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 127/1990, 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 122/1987, 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 el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

Luego, en principio, parece que tanto la garantía material como formal en las que se desdobra el principio de legalidad reconocido en el art. 25.1 de la CE no aparecen negativamente afectadas en el supuesto de autos.

El problema, sin embargo, se centra en determinar si se da *«la suficiente concreción para que la conducta... quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley... 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 es en este punto donde la Sala, en sintonía con la actora, entiende que no existía una predeterminación clara del concreto contenido de la información a suministrar en el modelo F06 -en el sentido de

que en dicho modelo debería incluirse el número total de partícipes no repetidos en lugar del número total de cuentas-, por lo que al sancionar esa defectuosa información, en la medida que la información exigible no estaba suficientemente precisada, vulnera el principio de tipicidad.

Indicativo de cuanto se afirma es que la propia CNMV cursó una comunicación, el 11 de marzo de 1996 -al existir dudas interpretativas-, en orden, entre otros extremos, al contenido de la información estadística del modelo F06, en el sentido de que en dicho modelo debería incluirse el número total de partícipes no repetidos en lugar del número total de cuentas, y la propia Resolución originaria impugnada, al afirmar en su Fundamento de Derecho Primero, que *«es cierto que la entidad ha prestado toda su colaboración para la identificación de los partícipes cuando le fue requerido por la CNMV, habiendo sido posible, por tanto, obtener dicha información...»*, evidencia que la omisión de información en los modelos F06 sobre el número de los partícipes existentes en cada Fondo de Inversión al final de cada período mensual -se informaba del número total de cuentas del Fondo- no tenía la finalidad de hurtar dicha información, sino que podía ser consecuencia de una incorrecta interpretación por -defectuosa delimitación, -la propia CNMV reconoce la existencia de dudas interpretativas- de la información a suministrar.

Además, y este dato es esencial, el art. 32 de la Ley 46/1984 tipifica como graves las conductas descritas en cada uno de sus apartados, *cuando se ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros*, extremo que debe ser acreditado por la Administración, sin que, entendemos, pueda sostenerse -como pretende la Administración- que las conductas en dicho precepto tipificadas constituyen *«ipso iure»* un peligro cierto y grave o lesión grave de los intereses de los partícipes o terceros, pues aun cuando del tenor literal del párrafo primero del apartado 3 del art. 32 de la Ley 46/1984 -*«Son infracciones graves aquellas que signifiquen incumplimiento de obligaciones formales o de normas de carácter sustantivo cuando la acción u omisión ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros: Tiene esta consideración: a)...»*- pueda llegarse a esa interpretación, la Sección considera que existe una defectuosa formulación del párrafo, pues si el Legislador hubiera entendido que todas las conductas tipificadas como infracción grave en el tan citado apartado 3 constituían, por su propia naturaleza, *«un peligro cierto y grave o una lesión a los partícipes o a terceros»*, carecería de sentido hacer en el primer párrafo la precisión *«cuando la acción u omisión ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros»*, ya que habría bastado con enumerar directamente las conductas típicas, por lo que tampoco, en este particular, la conducta sancionada es típica.

TERCERO.- La segunda sanción se ha impuesto -art. 32.3 f) de la Ley 46/1984- por cobrar comisiones de suscripción y reembolso durante el período 1990 a 1993 en 905 de las 4.331 operaciones de reembolso realizadas (20,9%).

El expresado precepto tipifica como infracción grave - *cuando se ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros*:- *«El cobro de*

*comisiones de gestión con incumplimiento de los límites y condiciones impuestos en esta Ley, en sus disposiciones reglamentarias y en los Estatutos o Reglamentos de las Instituciones».*

El art. 22 de la Ley 46/84 distingue entre comisiones de gestión, de suscripción, reembolso y depósito de títulos.

El art. 45 del Reglamento de la Ley 46/1984, bajo la rúbrica «Comisiones», establece: «1. Las Sociedades Gestoras podrán percibir de los Fondos una comisión de gestión como remuneración de sus servicios. Los límites máximos de dicha comisión se fijarán en el Reglamento de Gestión del Fondo en función de su patrimonio, de sus rendimientos, o de ambas variables... 4. Las comisiones de suscripción y reembolso no podrán ser superiores al 5 por 100 del precio de las participaciones. 5. La comisión del Depositario no podrá exceder del 4 por 1000 anual del valor nominal del patrimonio custodiado. Excepcionalmente, y previa autorización de la Comisión Nacional del Mercado de Valores dicha comisión podrá ser superior tratándose de Depositarios que hayan de cumplir íntegramente sus funciones con el extranjero. Con independencia de esta comisión, los Depositarios podrán percibir de los Fondos comisiones de realización de operaciones de compra o venta, cobro de cupones u otras actividades similares, siempre que sean conformes con las normas generales reguladoras de las correspondientes tarifas».

De los preceptos transcritos se infiere que el Legislador distingue los siguientes tipos de comisiones: de gestión, de suscripción y reembolso y de depósito.

El art. 32 f) ha tipificado como infracción grave -siempre que concurren las circunstancias más arriba reseñadas- única y exclusivamente el cobro de comisiones de gestión -sin mencionar las restantes-, por lo que la conducta imputada y sancionada no es típica, sin que quepan interpretaciones extensivas en materia sancionadora, ni la alusión a los preceptos de la Ley de Mercado de Valores en orden a los principios que han de regir la correcta actuación de los intermediarios del mercado de valores tengan virtualidad alguna en orden a la tipificación de un ilícito administrativo.

Además, y como se exponía en el Fundamento precedente respecto de la primera sanción, el tan citado art. 32 de la Ley 46/1984 tipifica como graves la conductas descritas en cada uno de sus apartados, cuando se ponga en peligro cierto y grave o lesione gravemente los intereses de los accionistas partícipes o terceros extremo esencial no acreditado por la Administración.

CUARTO.- Los razonamientos precedentes llevan a la estimación del recurso, sin que concurren motivos bastantes para hacer un pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 131.1 de la Ley Jurisdiccional.



## FALLAMOS

Que *estimando* el Recurso contencioso-administrativo núm. 262/1997, interpuesto –en escrito presentado el día 18 de febrero de 1997- por el Procurador Don P. R. R., actuando en nombre y representación de «A., SA, SGIIIC», contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda –en uso de facultades delegadas por O.M. de 22-7-1985-, de 20 de diciembre de 1996 en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 18 de abril del mismo año, por la que se la sancionaba con sendas multas de 3.000.000 y 100.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves tipificadas, respectivamente, en el art. 32.3, apartados a) y f) de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, debemos declarar y declaramos que las Resoluciones impugnadas no son conformes a Derecho, y, en consecuencia, las anulamos. Sin costas.

Esta resolución es firme.

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