

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 21 DE
FEBRERO DE 2001**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª

Recurso nº: 800/96

Ponente: Dª. Inés Huerta Garicano

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 6 de septiembre de 1995, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de febrero de 1996

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veintiuno de febrero de dos mil uno.

Visto por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo nº 800/96, interpuesto -en escrito presentado el día 16 de abril de 1996- por el Procurador D. V.R.C., actuando en nombre y representación de Don C.P.R., contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por O.M. de 22/7/85- de 13 de febrero de 1996, en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de septiembre de 1995, por la que se le sancionaba con sendas multas de 1.000.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves tipificadas en el art. 100.g) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores: incumplimiento del coeficiente de liquidez y superación del límite de concentración de riesgos de "G., SVB, S.A.", durante los ejercicios 1993 y 1994.

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 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 20 de febrero de 2001, 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 originariamente impugnada por la que se imponen al recurrente, en su condición de Consejero Delegado de "G" desde el 29 de abril de 1993 hasta el 16 de mayo de 1994, sendas infracciones administrativas tipificadas como graves en el art. 100.g) de la Ley 24/88, *"La inobservancia por las Sociedades y Agencias de Valores de las normas reguladoras de sus operaciones activas y pasivas a que se refiere el art. 73"*, son, o no, conformes al ordenamiento jurídico.

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

- a) Las infracciones por las que ha sido sancionado no le son imputables, pues, de existir, sería responsable de ellas el Sr. R. que era quien efectivamente ejercitaba las funciones ejecutivas en su condición de socio mayoritario de "G" y Director General desde el 3 de noviembre de 1992 y, si bien cesó de sus cargos el 28 de julio de 1993, dicho cese no se formalizó en escritura hasta el 12 de noviembre de 1993 y no se inscribió en el Registro Mercantil hasta mayo de 1994. Paralelamente el nombramiento del aquí recurrente como Director General y miembro de la Comisión Ejecutiva, si bien se produjo por Acuerdo de su Consejo de Administración de 28 de julio de 1993, no se formalizó en escritura hasta el 12 de noviembre del mismo año, ni se inscribió en el Registro Mercantil hasta mayo de 1994.
- b) Infracción del principio "non bis in idem" por la no aplicación de la teoría del concurso de infracciones.

SEGUNDO.- Esta Sala y Sección ya se ha pronunciado sobre la legalidad de la Resolución aquí impugnada en Sentencia dictada, el 5 de julio del pasado año, en el Rº 756/96, interpuesto por el otro Director General de la Sociedad y miembro, como el recurrente, de su Comité Interno de Dirección y del Consejo de Administración, sancionado con idénticas multas y por idénticas infracciones que las impuestas al hoy actor en su condición de Director General y miembro del Comité Interno de Dirección y del Consejo de Administración de "G".

Dos son las infracciones imputadas al actor: Incumplimiento del coeficiente de liquidez durante los ejercicios de 1993 y 1994 y superación del límite de concentración de riesgos mediante el mantenimiento de saldos deudores de determinados clientes durante los mismos ejercicios.

Y dos son también, sustancialmente, los motivos impugnatorios: la culpabilidad del actor y la inaplicación de la teoría del concurso.

Respecto de la culpabilidad, al recurrente se le imputan las infracciones por las que ha sido sancionado dada su condición de Director General y miembro Comité Interno de Dirección y del Consejo de Administración de "G", desde el 28 de julio de 1993, siendo irrelevante para la efectividad del nombramiento la fecha en la que se inscribiera su nombramiento en el Registro Mercantil ya que aquél surte efectos - art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas- desde el momento de su aceptación, sin que la inscripción en el Registro sea constitutiva, afectando únicamente a su oponibilidad frente a terceros de buena fe (art. 9 del Reglamento del Registro Mercantil), pero sin que tales irregularidades formales -así como el hecho de que supuestamente, como afirma el actor, se limitara a cumplimentar las órdenes del Sr. R.- tengan virtualidad alguna para enervar la responsabilidad en la que haya podido incurrir.

Como ha recordado recientemente la Sentencia de la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2000:

"Acreditada la conducta o participación que constituye el soporte de la infracción, la apreciación del requisito de culpabilidad deriva hacia la acreditación psicológica de la imputabilidad, y dicha imputabilidad es de aceptar mientras no conste ningún hecho o circunstancia con entidad bastante para eliminarla.

En el caso que se está enjuiciando, no consta ningún hecho que acredite que las personas, que en calidad de agentes de la sociedad recurrida realizaron la conducta sancionada, tuvieron pérdidas o disminuidas sus facultades cognitivas y volitivas, y en términos suficientes para descartar en ellas la imputabilidad de la que resulta la culpabilidad cuando consta la participación del sujeto en la conducta ilícita...."

Y la Sección 3ª de la misma Sala en la antecitada Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (RJA 10436), Fundamento Jurídico Quinto, afirma en relación con las sanciones impuestas al recurrente por las infracciones muy graves:

"El artículo 15 de la Ley 26/1988, de 29 julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, aplicable al caso, por así disponerlo el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores, señala que «quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves, cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente»."

Es decir, las conductas dolosas atribuibles a otras personas físicas o jurídicas, no excluye la responsabilidad de los administradores o directores, bien a título de dolo, bien a título de culpa, supuesto este último que se apreciará sobre una actuación de otro, a la que se ha llegado debido a la falta de diligencia de los que ostentan cargos de administración o dirección; de tal forma que si éstos hubieran observado la diligencia exigible a una persona debidamente capacitada y preparada técnicamente para el desarrollo de sus funciones, las conductas infractoras de la entidad en que desempeñan sus funciones, no se habrían producido.

Esta actitud indiligente se produjo en el recurrente que como se indica en el acto recurrido, no sólo era Consejero de "G" y miembro del Comité Interno de Dirección, sino que además era Director General, encargado de las operaciones de la entidad, y, por lo tanto, debía conocer la actividad desarrollada por ésta en el día a día y estaba obligado a decidirla, pese a lo cual abandonó completamente sus obligaciones, dejando que fuese otra persona la que tomara las decisiones, contribuyendo con su actitud omisiva a la realización de las mismas. Pero es más, como también se indica en el acuerdo del Consejo de Ministros, en su calidad de Director General de la entidad y miembro del mencionado Comité Interno informaba al Consejo de Administración de la marcha de "G", no dando cuenta de la verdadera situación de la misma, sobre la presencia de don M. R. R. en ella, ni sobre el hecho de que era dicha persona la que tomaba las decisiones, a pesar de su dimisión como Director General y Consejero.

Frente a esta conducta no puede invocarse falta de participación en los hechos por la circunstancia de no haberse inscrito su nombramiento en el Registro Mercantil, pues aceptado el cargo, al margen del problema jurídico acerca de la naturaleza de la inscripción, los hechos probados, que no han sido negados, dejan constancia de la actitud omisiva del recurrente y de su reflejo activo en sus informes al Consejo de Administración, lo que de suyo significaba que implícitamente reconocía su ejercicio y debía desarrollar sus funciones, datos de por sí suficientemente demostrativos de la culpabilidad que derivaba de la aplicación del artículo 15.2, b) de la Ley 26/1988, de 29 julio, por su cualidad de órgano ejecutor de las decisiones de la entidad, aun cuando faltara la constancia formal de la inscripción registral. Y ello es así, aunque otra persona declare la autoría de los actos objeto de expediente sancionador, pues al margen de ser posible en el ámbito sancionador supuestos de coautoría, es perfectamente compatible la conducta activa del confeso, con la omisiva y negligente del recurrente".

No constando, por tanto, actuación alguna del recurrente encaminada a impedir la actuación de tercero o terceros, no existiendo el deber de obediencia debida y quedando acreditado que en la fecha de los hechos el actor desempeñaba un cargo directivo en la Cía., es claro que la actitud indiligente del demandante -bastante para la imputación de las infracciones por las que ha sido sancionado- propició o facilitó las operaciones por cuya intervención ha sido correctamente sancionado.

TERCERO.- Al recurrente se le ha sancionado, por lo que a este proceso interesa, por dos hechos bien distintos e independientes que integran, cada uno, una infracción administrativa distinta, sin que quepa hablar, como pretende, de concurso de clase alguna, pues la superación del coeficiente de liquidez durante dos ejercicios (1993 y 1994) nada tiene que ver con el hecho de mantener saldos deudores de determinados clientes por encima de los máximos permitidos en noviembre de 1993 y marzo y abril de 1994.

Respecto de la conexión existente entre los hechos aquí sancionados y aquéllos constitutivos de infracciones muy graves, y la posible apreciación de un concurso de infracciones, como bien sabe el recurrente la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en la antecitada Sentencia de 17 de noviembre de 1998 (RJA 10436) -dictada en el recurso interpuesto por el aquí actor contra las sanciones muy graves que se le impusieron-, ha descartado de forma tajante esta conexión, afirmando en su Fundamento Cuarto:

"Se alega que se ha producido infracción del mismo principio «non bis in idem», al no aplicar la resolución impugnada la Teoría del Concurso de infracciones, ya que a juicio del recurrente, tanto la infracción del coeficiente de liquidez como del límite de concentración de riesgos, que han sido sancionados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en otro expediente, y la simulación de transferencias de titularidad de fondos, que se sanciona en el acto recurrido, están en relación de medio a fin con la de irregularidades contables que también se sanciona, lo que implicaría la imposición de una sola sanción correspondiente a la infracción más grave.

Tal razonamiento no puede acogerse, pues las cuatro infracciones tienen una naturaleza autónoma, ya que para la consumación de las tres primeras no se requiere la práctica de irregularidades contables, que si además se lleva a cabo genera una nueva infracción, que no constituye un medio para cometer aquéllas, las cuales pueden ejecutarse sin ningún tipo de constatación en los libros de cuentas de la entidad.

Debe observarse que el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 agosto, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, exige, para la aplicación del concurso medial, una necesaria derivación de unas infracciones respecto de las demás y viceversa, por lo que es indispensable que las unas no puedan cometerse sin ejecutar las otras, lo que evidentemente no se produce en el caso de autos, al poder ejecutarse la simulación de transferencias y las irregularidades contables, con total independencia".

CUARTO.- Los razonamientos precedentes llevan a la desestimación 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 DESESTIMANDO el Rº contencioso-administrativo nº 800/96, interpuesto –en escrito presentado el día 16 de abril de 1996- por el Procurador Don V.R.C., actuando en nombre y representación de Don C.P.R., contra la Resolución del Ilmo. Sr. Subsecretario de Economía y Hacienda -en uso de facultades delegadas por O.M. de 22/7/85- de 13 de febrero de 1996, en cuanto desestimatoria del recurso ordinario entablado frente a la del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de septiembre de 1995, por la que se le sancionaba con sendas multas de 1.000.000 ptas. por la comisión de dos infracciones graves tipificadas en el art. 100.g) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores: incumplimiento del coeficiente de liquidez y superación del límite de concentración de riesgos de "G., S.A., S.V.B.", durante los ejercicios 1993 y 1994, debemos declarar y declaramos que las Resoluciones impugnadas son conformes a Derecho, y, en consecuencia, confirmamos su plena validez y eficacia. Sin costas.

Esta resolución es firme (Disposición Transitoria Tercera.1 en relación con el art. 86.2.b) de la LJCA 29/98, de 13 de julio)

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