

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 1999

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 9/96
Ponente: D. Óscar González González
Acto impugnado: Resolución del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995
Fallo: Parcialmente estimatorio

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

En el recurso contencioso-administrativo núm. 9/1996, interpuesto por Doña Z. J. L. L., representada por el Procurador Don J. D. G., con la asistencia de Letrado; contra resolución del Consejo de Ministros que impone sanciones por infracción de las Leyes 24/1988, de Mercado de Valores, y 46/1984, sobre Instituciones de Inversión Colectiva; habiendo intervenido como parte demandada la Administración General del Estado, y en su representación y defensa el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de octubre de 1995 el Consejo de Ministros tomó el acuerdo de imponer diversas sanciones a la recurrente por infracción de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva.

SEGUNDO.- La representación de la actora interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia declarando nula y no conforme a derecho la resolución recurrida.

TERCERO.- La Administración demandada contestó la demanda oponiéndose a ella, con la súplica de que se dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, declarando que la resolución impugnada es plenamente ajustada a Derecho, y ello, con imposición de las costas del proceso a la parte actora.

CUARTO.- Practicada la prueba propuesta, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Señalado día y hora para votación y fallo, tuvo lugar la reunión del Tribunal en el designado al efecto.

SEXTO.- Por providencia de fecha 16 de noviembre de 1998 se concedió a las partes un plazo de diez días para que alegasen sobre la posible existencia de una nulidad del acto recurrido, por lesión del principio «non bis in idem», suspendiéndose el plazo para dictar sentencia.

SÉPTIMO.- Evacuado el trámite por la representación de la actora, se dictó providencia en fecha 18 de diciembre de 1998 dando traslado al señor Abogado del Estado del escrito por aquélla presentado; quien evacuó el trámite conferido en fecha 15 de enero de 1998.

OCTAVO.- Por el Procurador Don J. D. G., en representación de Doña Z. J. L. L., se interpuso recurso de súplica contra la anterior providencia, el cual fue desestimado por Auto de esta Sala de fecha 5 de febrero de 1999.

NOVENO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación, que son las del procedimiento ordinario.

VISTOS los preceptos legales alegados por las partes y los demás de general aplicación.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-

A) Es objeto de este recurso el acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995, en virtud del cual se impuso a Doña Z. J. L. L., las siguientes sanciones:

1.- Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un plazo de 5 años, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, por la intervención y realización, de forma continuada, entre septiembre de 1993 y mayo de 1994, de operaciones sobre valores de renta fija y deuda pública, por cuenta de «C. A. FIM», «C. F. FIM» y «C. FIAMM», que implican simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos.

2.- Suspensión definitiva y amonestación pública, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra a) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, reguladora de las Instituciones de Inversión Colectiva, por haber falseado, de manera continuada, desde septiembre de 1993 a mayo de 1994, la contabilidad de «C. A. FIM», «C. F. FIM» y «C. FIAMM», así como, la información que se debe facilitar o publicar de acuerdo con lo previsto en el citado Texto Legal.

3.- Multa por importe de 10.000.000 (diez millones) de pesetas y amonestación pública, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b) del artículo 32.4 del mismo Texto Legal, por invertir en activos distintos de los autorizados legalmente, para «C. A. FIM» y «C. FIAMM».

4.- Suspensión definitiva y amonestación pública, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra m) del artículo 32.4 del mismo texto legal, por haber puesto en peligro gravísimo los intereses de los partícipes, de manera continuada, desde septiembre de 1993 hasta mayo de 1994, al permitir que «**G. M. B., SVB, SA**», dispusiera libremente del

patrimonio de los fondos por ella gestionados, vulnerando lo establecido en el artículo 29 de la Ley 46/1984.

B) Estas imputaciones se realizan porque Doña Z. J. L. L. formaba parte del Consejo de Administración de «**G. M., SGIIC, SA**», y era Directora General de la entidad con poderes ejecutivos en la misma, durante el período en el que se desarrollaron los hechos constitutivos de las infracciones, con conocimiento y cercanía de la gestión diaria de la sociedad.

SEGUNDO.- Antes de entrar en otras consideraciones, respecto a la imputabilidad de la conducta a Doña Z. J. L. L., es necesario, resolver previamente si el acto recurrido ha vulnerado el principio «non bis in idem» en su aspecto procedimental, que prohíbe el enjuiciamiento simultáneo de unos mismos hechos en dos procedimientos diferentes, ya sean estos penales o administrativos. Ello se ha puesto de manifiesto por esta Sala, planteado la tesis a las partes intervinientes, habida cuenta de que a través de otros recursos en relación con los mismos hechos se ha tenido conocimiento de que se siguen diligencias criminales, en virtud de querrela formulada por el Ministerio Fiscal. Es esto de indudable trascendencia, pues pudiera ocurrir que tales hechos no se considerasen probados por los órganos judiciales penales, o se declarase que la recurrente no ha participado en ellos, con la consecuencia que derivaría en orden al enjuiciamiento de las responsabilidades administrativas que pudieran exigirse sobre los mismos.

Pues bien, esta cuestión ya ha sido resuelta por Sentencia de esta Sala 14 de noviembre de 1997, en la que se expresa, *«Entrando en el examen de este primer motivo del recurso, advertimos que los hechos que han sido objeto de la querrela presentada el 14 de julio de 1995 por el Ministerio Fiscal contra Don M. R. R. y otras personas, querrela que ha dado lugar a las diligencias previas número 2261/1995 y que se encuentra aportada por copia al escrito de demanda, se refiere a los hechos que la Resolución del Consejo de Ministros de 13 octubre 1995 califica en el número 3 del acuerdo de imposición de sanciones a Don M. R. R. como simulación de transferencias de titularidad verificadas en operaciones sobre valores de renta fija y deuda pública, siendo en esto conforme nuestro criterio con el expuesto por el Fiscal en su autorizado informe fechado el 12 de abril de 1996, prestado en el presente proceso. Esto es, las conductas por las que se formalizó la querrela, que dio lugar a la incoación de un proceso penal, no coinciden con las sancionadas por el Consejo de Ministros en los números primero y segundo del acuerdo de imposición de sanciones a Don M. R. R.: la incompatibilidad tipificada en la letra l) del artículo 99 de la Ley 24/1988 en relación con el artículo 66 de dicho Texto Legal, y la existencia de vicios e irregularidades esenciales en la contabilidad de "G. M. B., SVB, SA", comprendida en la letra e) del artículo antes mencionado. Sin embargo, dichas conductas son las mismas que el número tercero del acuerdo de imposición de sanciones al señor R. R. califica como simulación de transferencias, infracción muy grave tipificada en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, y que constituyen las operaciones que el Ministerio Fiscal describe como "hechos" en el número III de la querrela formulada. Pues bien, la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 (fundamento jurídico cuarto), invocada por el recurrente, que el Ministerio Fiscal estima aplicable al presente supuesto, afirma que el principio "non bis in idem", íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el artículo 25 de la Constitución, conduce a declarar que, cuando el*

ordenamiento permite una dualidad de procedimientos sancionadores, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, dicho enjuiciamiento no puede hacerse con independencia en lo que se refiere a la apreciación de tales hechos, pues es claro que los mismos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho -continúa expresando la sentencia que citamos- puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera no puede actuar mientras no lo hayan hecho los órganos jurisdiccionales y debe en todo caso respetar, cuando actúe "a posteriori", el planteamiento fáctico que los Tribunales hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por el referido precepto. Por tanto, el Consejo de Ministros, al sancionar en su resolución judicial unos hechos sobre los que existe pendiente proceso penal, ha infringido el principio "non bis in idem" en su vertiente procedimental y, por tanto, el artículo 25 de la Constitución, lo que debe conducir a la anulación de la tercera sanción que consta aplicada en el Acuerdo 13 octubre 1995 a Don M. R. R., pero entendiendo dicha anulación dentro de los siguientes límites: 1) Solamente afecta a la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración y dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un plazo de diez años, impuesta por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, es decir, a la sanción a que alude el número 3 del acuerdo de imposición de sanciones a Don M. R. R., en su parte dispositiva; 2) Por constituir un supuesto de la aplicación del principio "non bis in idem" en su vertiente procedimental, solamente implica la anulación de la sanción en el momento presente, ordenándose retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la imposición de la citada sanción, única afectada por la anulación, con el fin de que la Administración, una vez que se haya pronunciado sentencia firme por los Tribunales de Justicia en el proceso penal iniciado como consecuencia de la querrela del Ministerio Fiscal, si lo estima procedente, por encontrarse ante un caso de relaciones de sujeción especial, extremo que no debemos ahora resolver, imponga la sanción pertinente con base en los hechos declarados probados por el órgano competente del orden jurisdiccional penal».

A idéntica conclusión se ha de llegar en el presente caso, respecto a la ahora recurrente, con referencia a las sanciones descritas en los apartados 1, 2 y 4 del fundamento primero de esta sentencia, ya que obedecen a hechos a los que se refiere la querrela, en la que se persiguen delitos de estafa, falsedad y apropiación indebida, respectivamente. No así en relación con la otra sanción, por referirse a hechos ajenos al procedimiento penal, debiendo, respecto de ella, examinarse los restantes motivos de impugnación invocados en la demanda.

TERCERO.- 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 su juicio, debió imponerse la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida, por ser unas medio para la comisión de las otras.

Tal razonamiento no puede acogerse, pues hay que tener en cuenta que el artículo 4.4 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de 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, la falsedad en la contabilidad, la inversión en activos distintos a los autorizados legalmente, y el peligro a los intereses de los partícipes en los fondos, con total independencia.

CUARTO.- El artículo 15 de la Ley 26/1988, de 29 de 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. Bien es verdad, que no se trata de exigir una responsabilidad sin culpa u objetiva, por el mero hecho de ser administradores o desempeñar cargos directivos en la entidad, sino que es preciso, que exista una relación de causalidad entre su falta de diligencia y la producción de los hechos infractores.

Esta relación se produjo en la recurrente, que, como se indica en el acto recurrido, no sólo era miembro del Consejo de Administración, sino que además era Directora General, encargada de las operaciones de la entidad, y, por lo tanto, debía conocer la actividad desarrollada por ésta en el día a día, y estaba obligada a decidirla, pese a lo cual abandonó completamente sus obligaciones, dejando que fuese otra persona la que tomará las decisiones, contribuyendo con su actitud omisiva a la realización de las mismas. Pero es más, en su calidad de Directora General de la entidad debió informar al Consejo de Administración de la marcha de «G. M., SGIC, S.A.», 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.

Una pretendida subordinación jerárquica a dicho señor, no la exculpa de responsabilidad, cuando por el cargo que desempeñaba, por sus conocimientos técnicos en la materia, y su alta cualificación funcional, tenía perfecto conocimiento de los hechos que estaban ocurriendo, de la irregularidad de los mismos, adoptando una postura omisiva que la convertía en partícipe de ellos.

QUINTO.- Sentado lo anterior, resulta claro que a la recurrente le es imputable la infracción prevista en el artículo 32.4 b) de la misma Ley 46/1984, por la inversión que «G. M., SGIC, S.A.» realizó en activos distintos de los autorizados legalmente para «C. A. FIM» y «C. FIAMM»,

inversión de cuya irregularidad la recurrente tuvo o debió tener conciencia, al tratarse de activos que no eran susceptibles de formar parte de la cartera del Fondo gestionado por la entidad, por no cotizar en ningún mercado organizado, o no estar declarados como de elevada liquidez; lo que en sí mismo considerado lleva implícito un peligro para los partícipes, al no poder recuperar en corto espacio de tiempo la inversión realizada, ello con independencia de que este peligro llegue o no a materializarse en un daño efectivo, al configurarse el tipo como infracción de simple riesgo. Debiendo añadirse que tales inversiones excedían los límites que se establecen en los artículos 48 y 49, en relación con el 37.1 b) y 17 del Real Decreto 1393/1990, que aprueba el Reglamento de la Ley 46/1984, como se expresa en la resolución recurrida, al realizarse sobre pagarés que no cotizaban en ningún mercado organizado o no gozaban de elevada liquidez.

SEXTO.- No se dan circunstancias del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional de 1956 a los efectos de una expresa condena en costas.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que DEBEMOS ESTIMAR EN PARTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación de Doña Z. J. L. L. contra acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995, el que anulamos por contrario a Derecho, en relación con las tres siguientes sanciones: a) separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por un plazo de cinco años, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra s del artículo 99 de la Ley 24/1988, b) suspensión definitiva y amonestación pública, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra a) del artículo 32.4 de la Ley 46/1984, y c) suspensión definitiva y amonestación pública, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra m de su artículo 32.4; debiendo retrotraer las actuaciones al momento inmediatamente anterior a la imposición de dichas sanciones, con el fin de que la Administración, una vez se haya pronunciado resolución firme por los Tribunales en el proceso penal, decida, si lo estima procedente, sobre la imposición de las sanciones administrativas; desestimando el resto de las pretensiones de la demanda en relación con la sanción de 10.000.000 de pesetas y amonestación pública por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra b del artículo 32.4 de la mencionada ley; sin expresa condena en costas.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.