

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 5 DE
JULIO DE 2000**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª

Recurso nº: 753/96
Ponente: Dª. Inés Huerta Garicano
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 cinco de julio de dos mil.

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo nº 753/96, interpuesto -en escrito presentado el día 16 de abril de 1996- por el Procurador Don F.G.G. (posteriormente fallecido), actuando en nombre y representación de Don C.A.A. (actualmente representado por la Procuradora Dña. E.G.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.

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 4 de julio de 2000, 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 Itma. 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., S.A., S.V.B." 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) Vulneración del principio "non bis in idem" pues por los mismos hechos se ha seguido procedimiento administrativo sancionador y causa penal (Diligencias Previas 2261/95 del Juzgado de Instrucción nº 26 de esta Capital) en virtud de querrela del Ministerio Fiscal.

b) Nulidad del procedimiento administrativo por las siguientes irregularidades formales: indefensión por denegación de los medios de prueba propuestos en escrito de 30 de agosto de 1994; denegación de copia del expediente administrativo; división del expediente en dos sin notificación al interesado.

c) Las infracciones por las que ha sido sancionado no le son imputables porque se refieren a hechos acaecidos antes o después de la contratación del recurrente como simple trabajador de la empresa. Su nombramiento como Consejero-Delegado devino ineficaz por falta de inscripción en el Registro Mercantil de Valencia, localidad en la que tiene su domicilio "G, S.A., S.V.B.", nombramiento que no se formalizó sino dos meses después de dimitir, siendo realmente ejercidas las facultades de dirección por tercera persona, limitándose el recurrente a obedecer órdenes de terceros dada la estructura jerarquizada de la empresa.

SEGUNDO.- Dos son las infracciones imputadas al actor, en su condición de Consejero Delegado de "G, S.A., S.V.B.": 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.

El actor en su demanda ha reiterado los argumentos vertidos en el recurso ordinario, oportunamente contestados -para rechazarlos- por la Resolución desestimatoria de dicho recurso de 13 de febrero de 1996, sin intentar rebatir -ha eludido todo comentario- cada uno de sus razonamientos desestimatorios, lo que sería bastante para desestimar este recurso jurisdiccional cuya finalidad no es otra que revisar una actuación administrativa previa. Por lo que si, en sede administrativa, se rebate pormenorizadamente -como aquí acontece-, la fundamentación jurídica de la impugnación del acto originario, obligado es que la parte en sede jurisdiccional contrargamente y justifique jurídicamente la, a su juicio,

incorrecta actuación administrativa, actuación esencial que ha obviado el actor y esa reiteración mecánica de argumentos ya contestados no tiene otra explicación que la ausencia de argumentación enervatoria de la fundamentación de la Resolución desestimatoria del recurso ordinario.

No obstante ello, la Sala va a entrar a analizar los motivos de impugnación del demandante.

El actor, en primer término alude a la vulneración del principio "non bis in idem" en referencia al procedimiento penal que se sigue en el Juzgado de Instrucción nº 26 de esta Capital.

Hay que recordar, al respecto, que esta Sala y Sección, en sentencia nº 648, de 3 de mayo de 1996, dictada en Rº de la Ley 62/78 nº 1039/95, interpuesto por un co-querellado, Don M.R.R., y en otra de 11 de septiembre del mismo año, en Rº de la Ley 62/78 entablado por Don C.R.G. contra la misma Resolución hoy recurrida, recordaba -y su contenido reiteramos- que 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.

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).

Y en su Fundamento de Derecho Quinto se decía:

"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 529.7º; 535 en relación con los arts. 528 y 529.7º; 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".

Fundamento de Derecho en el que nos ratificamos íntegramente.

En similares términos se pronunció en supuesto idéntico al de autos la Sentencia de la Sección Tercera de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 17 de noviembre de 1998 (RJA 10436).

TERCERO.- En cuanto a las denunciadas irregularidades procedimentales, nos remitimos íntegramente al contenido del apartado 2 del Fundamento Jurídico Tercero de la tan citada Resolución administrativa de 13 de febrero de 1996, desestimatoria del recurso ordinario, ratificando el criterio allí sostenido.

Debe recordarse a la parte que no basta con alegar genéricamente indefensiones sino que es preciso que quien realice tal afirmación tiene la carga procesal de concretar –y probar- las específicas indefensiones que se le han originado, nada de ello ha realizado la actora, sin que la Sala advierta indefensión de clase alguna.

CUARTO.- El eje central del recurso, empero, es la culpabilidad del actor.

Al recurrente se le imputan las infracciones por las que ha sido sancionado dada su condición de Consejero de "G., S.A., S.V.B."

El hoy recurrente se encontraba formalmente ligado a "G., S.A., S.V.B." por un contrato laboral de carácter ordinario desde el 1 de enero de 1993, circunstancia totalmente irrelevante a la hora de determinar sus responsabilidades en relación con su actuación en la empresa y de demostrar su efectiva posición.

Posteriormente fue nombrado Administrador y Vocal del Consejo de Administración por Acuerdo de su Consejo de Administración de 29 de abril de 1993, notificado a la CNMV el 10 de mayo del mismo año, cargo que desempeñó hasta el 16 de mayo de 1994.

El hecho de que su nombramiento no se inscribiera en el Registro Mercantil no afecta a la efectividad del mismo que, como bien recuerda la Administración, surte efectos -art. 125 de la Ley de Sociedades Anónimas- desde el momento de su aceptación, sin que su 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 tengan virtualidad alguna para enervar la responsabilidad en la que haya podido incurrir.

Nos viene a decir, en fin, el actor que era “un simple testaferro”, ahora bien esto, que no ha quedado demostrado, entra dentro de su ámbito personal de responsabilidad.

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, tuvieran perdidas o disminuidas sus facultades cognoscitivas 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 la sanción impuesta al Director General de “G., S.A., S.V.B.”:

“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., S.A., S.V.B.» 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.

QUINTO.- 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 nº753/96, interpuesto –en escrito presentado el día 16 de abril de 1996- por el Procurador Don F.G.G. (posteriormente fallecido), actuando en nombre y representación de Don C.A.A. (actualmente representado por la Procuradora Dña. E.G.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.