

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 1 DE
OCTUBRE DE 2001**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 1446/93

Ponente: D. Francisco Javier Canabal Conejos

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 3 de febrero de 1993, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de julio de 1993

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a uno de Octubre de dos mil uno.

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 1446/93, interpuesto por la Procuradora Sra. Doña F.C.B. en nombre y representación de I.B., S.V.B., S.A., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 3 de febrero de 1993, confirmada en alzada por resolución de 12 de julio de 1.993 del Ministerio de Economía y Hacienda, 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 la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- El Abogado del Estado contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba se practicó la admitida con el resultado obrante en autos, emplazándose 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 25 de septiembre de 2001, teniendo lugar así.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales. Siendo designado Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. Don Francisco Javier Canabal Conejos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso la Procuradora Sra. F.C.B. en nombre y representación de I.B., S.V.B., S.A., insta la nulidad o anulabilidad, o subsidiariamente la revocación de la sanción con su sustitución por la de amonestación pública, o la reducción de la cuantía de la impuesta, de la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 3 de febrero de 1993, confirmada en alzada por resolución de 12 de

julio de 1993 del Ministerio de Economía y Hacienda, por la que se le imponía una sanción de 14.000.000 de pesetas por la comisión de una infracción grave comprendida en la letra n) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Los motivos, referidos sistemática y sintéticamente, en virtud de los cuales la recurrente se opone a la citada resolución son los siguientes:

a.- Falta de tipificación de la infracción prevista en la letra n) del artículo 100 de la L.M.V., entendiéndose que existe una generalizada interpretación del conjunto de operaciones sobre las que se fundamenta la resolución, existiendo una mera presunción en su contenido.

b.- Infracción de los principios informadores del derecho administrativo sancionador con violación del principio de culpabilidad, por inexistencia de responsabilidad de la persona jurídica dada la carencia de responsabilidad institucional al no existir culpa in vigilando de la persona jurídica sino actuación directa y en contra de los intereses sociales de algunas de las personas físicas que integraron sus órganos en un determinado momento temporal.

c.- Quiebra del principio "non bis in idem", ya que se le han impuesto dos sanciones pecuniarias sobre la base de los mismos hechos.

d.- En cuanto a la sanción propiamente dicha, se expresa que no existe motivación alguna sobre la elección de la impuesta, que existe infracción en la aplicación del criterio de recursos propios, con transgresión de la apreciación de otras circunstancias concurrentes y del principio de proporcionalidad.

El Abogado del Estado, por su parte, se opone a la demanda señalando en cuanto al motivo primero que los hechos no han sido negados ni desvirtuados y están correctamente encuadrados en el artículo 100 letra n) pues resultó acreditado que la recurrente favoreció a determinados clientes al realizar en su favor actividades de obtención de plusvalías a corto plazo que no aplicó a otros clientes que se encontraban en idéntica situación. En cuanto al segundo de los motivos indica que la responsabilidad directa de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador es de general acogida tanto legal como doctrinalmente, remitiéndose a la STC 246/1991, de 19 de diciembre, siendo en el caso de autos la directa por la actuación de sus propios órganos gestores. En cuanto al tercer de los motivos señala que no existe infracción del principio "non bis in idem" al ser distintos los hechos que se imputan y subsumibles en supuestos infractores distintos, habiendo sido diferente tanto la acción como el objeto. En cuanto al último de los motivos señala que las resoluciones tienen la motivación suficiente en orden a la sanción impuesta, siendo correcta la determinación según los criterios del artículo 14 de la Ley 24/88, atendándose a los recursos propios del último balance aprobado al momento de cometerse la infracción, primer semestre de 1990, careciendo de fundamento cualquier alegación en cuanto a la vulneración del principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- El primero de los motivos se desarrolla de una forma excesivamente lacónica en su planteamiento pues meramente se expresa que existe falta de tipificación de la

infracción prevista en la letra n) del artículo 100 de la Ley 24/1988 sin configurar los elementos de esa supuesta falta de tipificación. Basta con una lectura del fundamento de derecho cuarto de la resolución impugnada, sin perjuicio de la remisión al voluminoso expediente donde se recoge la instrucción de la actuación de las personas físicas vinculadas a la recurrente, para determinar que existe no una generalizada referencia a “*un conjunto de operaciones*” sino una actuación delimitada en un perjuicio a determinados clientes por operaciones desarrolladas en beneficio de otros. Por tanto la cuestión no se deriva hacia la tipificación, va desarrollada hacia la culpabilidad teniendo, en cuenta que la comisión no es atacada a lo largo de todo el recurso.

TERCERO.- Conocida, como es, por las partes, y así se demuestra en los correspondientes escritos de demanda y contestación, la aplicación de los principios penales como principios informadores del derecho administrativo sancionador, tanto en su desarrollo doctrinal y jurisprudencial como normativo, la Sala entiende que debe configurar el desarrollo de la impugnación de la resolución administrativa desde la aplicabilidad directa de la culpabilidad desarrollada en torno a las personas jurídicas sobre la base fáctica del supuesto de autos.

Debe recordarse que al amparo de lo dispuesto en la Ley reguladora del Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, se han seguido actuaciones encaminadas a la averiguación de las conductas tipificadas en dicha norma reguladora, teniendo en cuenta que la indicada Ley contempla un régimen sancionador análogo al previsto en la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito y que tiene como objetivo la supervisión, inspección y sanción por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no sólo a las Sociedades y Agencias de Valores, sino también a cuantas personas físicas y jurídicas ejerzan actividades relacionadas en el artículo 71 de la Ley, emisores de valores y demás personas o entidades, en la medida en que realicen actividades reguladas en la propia ley y se relacionen con el Mercado de Valores, ajustándose, en todo caso, el procedimiento sancionador a las directrices igualmente previstas en la ley sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y al control del Banco de España y de su inspección.

El principio de culpabilidad está presentado, como origen orgánico esencial del Derecho Penal y del Derecho Administrativo Sancionador, en tanto que la sanción es una exteriorización del “*ius Puniendi*” del Estado, por ello, no cabe en el Orden Jurídico un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa, lo cual no sirve de obstáculo para que en nuestro Ordenamiento Administrativo se admita la responsabilidad directa de personas jurídicas, reconociéndoles aptitud infractora, sin que ello represente que para el supuesto de infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya abolido el elemento subjetivo de la culpa, sino, sencillamente, que el principio se ha de aplicar de manera distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta elevación distinta de la imputabilidad, en relación con el actor de la infracción, a la persona jurídica tiene su origen en la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos, indudablemente falla en ello el elemento volitivo tal y como es conocido, pero no la facultad de infringir las normas a las que están sometidos. Cabe recordar que el Tribunal Supremo, partiendo del esencial paralelismo entre los principios que por su naturaleza informan el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador, permite que los de aquél sean de sustancial

aplicación a éste y por ello el procedimiento legal a seguir en la imposición de sanciones ha de ser considerado como una garantía de derechos fundamentales de la persona, de cuya garantía no puede ser privado el administrado sin vulnerar el art. 24 de la Constitución.

Cabe traer a colación la STS de 19 de diciembre de 1996 que recuerda que la jurisprudencia (V. gr. STS. Sala 3ª, de 28 de noviembre de 1.989), se ha inclinado de manera clara por admitir la responsabilidad de las personas jurídicas en los supuestos de culpa in eligendo o de culpa in vigilando, recogiendo así lo que había razonado la STS (Sala 3ª) de fecha 24 de febrero de 1989. Ya esta sentencia declaró, con carácter general, que en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador, las personas jurídicas pueden incurrir en responsabilidad por la actuación de sus empleados.

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 246/1991, de 19 de diciembre, admitió la responsabilidad directa de las personas jurídicas, porque en la persona jurídica -precisó-, falta el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad infractora. Razonó dicha Sentencia, así; que la capacidad de infracción y, por ende reprochabilidad directa de la persona jurídica, deriva del bien jurídico protegido por una norma que se infringe y de la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz.

En el caso de autos, que los artículos 95 y 100 de la Ley 24/1988 se refieran a las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley resulta elocuente de la capacidad infractora de las personas jurídicas dentro del campo propio de aplicación de la citada normativa. El artículo 100, concretamente, determina que *"Constituyen infracciones graves de las personas físicas y jurídicas a que se refiere el art. 95 de esta Ley, los siguientes actos u omisiones..."*, y entre ellas la letra n), que es objeto de impugnación y análisis en el presente recurso, configura dentro de dicha graduación *"La infracción del principio de prioridad de los intereses del cliente consagrado en los arts. 79 y 80 de esta Ley cuando no constituya infracción muy grave conforme al artículo anterior, así como la inobservancia de lo dispuesto en su art. 83"*. Y los citados artículos 79 y 80 no delimitan la responsabilidad en la actuación de manera alternativa o subsidiaria entre las personas jurídicas y las físicas, ni impide que sea conjunta dentro del campo propio de actuación de cada uno.

El planteamiento del recurrente incide sobre el hecho de ser los directivos reflejados en la resolución, y sancionados, los únicos responsables de las infracciones imputadas, planteamiento que se sustenta sobre la propia declaración de la propuesta de resolución que instó el sobreseimiento del procedimiento sancionador contra ella por inexistencia de responsabilidad institucional conforme a los términos del artículo 15 de la Ley 26/1988.

La base fáctica sobre la que se sitúa la resolución sancionadora se configura en la existencia de una estrategia de obtención de plusvalías a corto plazo a favor de determinados clientes, estrategia que no se aplicó a otros clientes que se encontraban en idéntica posición, a igual perspectiva de negocio -generación de plusvalías a corto plazo- e igual posicionamiento -posesión de títulos de "S.F., S.A." adquiridos en condiciones similares -aplicación de criterios distintos sin justificación con resultado beneficioso -realización de plusvalías- para los

favorecidos de la operación y nefasto para los perjudicados -quebranto patrimonial-. Para la conformación de dicha estrategia la resolución sancionadora parte de la existencia de dos tipos de clientes, uno cuya cartera era gestionada directamente por I.B., S.V.B., S.A. y el otro que mantenía un contrato de gestión, hasta abril de 1.991 en que son gestionados por B.I., con I.C., S.G.C., S.A.. Para el primer caso existían 27 clientes asesorados directamente por I.B. divididos, a su vez, en tres grupos de clientes, los gestionados por el Vicepresidente de la Entidad, Don M.C., los gestionados directamente por la propia Sociedad de Valores, y los gestionados a través de órdenes concretas de clientes. Tanto el pliego de cargos como la resolución sancionadora relata todas y cada una de las operaciones efectuadas en los diferentes tipos de clientes, operaciones que no son puestas en duda por la recurrente y entre las que se distingue claramente las que se han realizado bajo la supervisión directa de los órganos directivos de las que, a priori, no emanan de dicha responsabilidad. Y ese punto no es atacado por la recurrente, no configura una solución de falta de culpabilidad sobre dichas actuaciones, perfectamente delimitadas y efectuadas ajenas a una voluntad directa y decisiva de los directivos sancionados. Por lo tanto no sólo jurídicamente cabe la responsabilidad de la recurrente sino que fácticamente también resultó existir.

CUARTO.- El siguiente motivo de impugnación hace referencia a una posible infracción del principio "*non bis in idem*", entendiéndose que la quiebra se deriva de la imposición de dos sanciones, la que es objeto de este recurso y la que se sigue ante la Audiencia Nacional sobre la base de la letra i) del artículo 99 de la Ley 24/88, que se originan de los mismos hechos.

Respecto de tal principio cabe traer a colación la conformación constitucional que del mismo nos dibuja la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1999. Señala que:

a) El principio *non bis in idem* requiere identidad fáctica de lo enjuiciado y existencia de una condena que tenga en sustrato una idéntica valoración jurídica, es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo que haya sido valorado, como ya afirmó la sentencia del Tribunal Constitucional nº 154/90 y el posterior Auto de inadmisión 329/95.

b) El principio *non bis in idem* es aplicable dentro de un mismo proceso procedimiento, a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamentos, objeto o causa material y acción punitiva, impidiendo sancionar doblemente por un mismo delito desde la perspectiva de defensa social o por un mismo delito sobre un sujeto, recayendo una sanción penal principal, doble o plural, invocándose, también, en el supuesto de pluralidad de sanciones, en los que la no estimación de la excepción de cosa juzgada cuando concurren los requisitos necesarios para que opere podría conducir a la vulneración del citado principio, de acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sentencias del Tribunal nº 2/81, fundamento jurídico cuarto; nº 154/1990; nº 234/1991 y nº 204/1996, fundamento jurídico segundo).

c) La prohibición que expresamente reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 66/86, fundamento jurídico segundo, de un ejercicio reiterado del *ius puniendi* del Estado, que impide castigar doblemente en el ámbito de las sanciones penales y en el de las

administrativas y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye un principio o regla que por lo que concierne a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, se encuentra enunciado entre las que disciplinan el ejercicio de tal potestad, en la forma que reconoce el artículo 133 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Proceso Administrativo común (Auto del Tribunal Constitucional 365/91, fundamento jurídico quinto, todo ello completado con la previsión contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 221/97, fundamento jurídico tercero).

Debemos desestimar este motivo del recurso, porque en realidad el problema se ciñe en discernir si existe un concurso real de infracciones en los hechos por lo que se sanciona, cuestión ésta, como ha señalado el Tribunal Supremo en sentencia de 14 de noviembre de 1997, que es *"de apreciación de los hechos en relación con la interpretación de las normas jurídicas que se consideran infringidas, cuestión que ninguna relación guarda con el principio constitucional "non bis in idem", por más que se mencione una aislada sentencia del Tribunal Supremo. "No debiéndose entrar a decidir si ha existido o no, en todo o en parte, concurso medial de infracciones entre las que sanciones impuestas y que se han estimado cometidas por la recurrente por " tratarse de una cuestión de legalidad ordinaria, centrada en la interpretación y aplicación que se haga de las normas sancionadoras, que repercute en la sanción que debe ser impuesta, pero que no afecta al principio "non bis in idem" en su aspecto material, que impide que "el mismo hecho" sea objeto de dos sanciones diferentes penal y administrativa, o bien de dos procedimientos y dos sanciones distintas de carácter administrativo. Aquí no se trata de que la Administración haya sancionado dos veces el mismo hecho, sino de si la interpretación y aplicación de las normas que establecen las distintas infracciones conduce a estimar que se ha producido un concurso medial (concurso ideal) o un concurso real de infracciones"*.

QUINTO.- El último de los motivos va referido a la propia sanción impuesta. Se señalan como infracciones producidas las siguientes:

a.- Falta de motivación en la elección de la sanción impuesta. Sin perjuicio de lo que posteriormente se indicará sí existe motivación, folio 37 de la resolución, en cuanto a las razones de la elección del apartado b) del artículo 103, máxime cuando se sostiene sobre el artículo 14 de la Ley 26/88, artículo de cuyo contenido se desprende la imposibilidad, atendiendo a los hechos, de imponer la sanción de amonestación pública que solicita el recurrente.

b .- Incorrecta aplicación del criterio de los recursos propios. Sostiene la entidad recurrente que la aplicación realizada por la Administración teniendo en cuenta los recursos propios de la sociedad al día 30 de junio de 1990, fecha en la que se sitúan los hechos, implica determinar que tal parámetro es un elemento de la infracción y no de la sanción. Tal apreciación no puede ser acogida pues además de poder llevar al absurdo, que la entidad quedara al momento de la sanción totalmente descapitalizada, va en contra del propio contenido del precepto infractor y del sentido de la Ley pues lo que se trata es de no dejar

impunes conductas al momento de generarse los beneficios que la actuación societaria ha generado.

c.- Por último en cuanto a la ponderación de los recursos y la apreciación de circunstancias concurrentes, en cierto sentido esta Sala ya ha tenido ocasión de pronunciarse con ocasión de uno de los directivos sancionados, señalándose, y a los términos de la sentencia de 9 de marzo de 1998 nos remitimos, que los motivos aducidos en la resolución administrativa, el hecho de suponer una mayor gravedad las acciones sancionadas por poner en peligro valores o bienes jurídicos de importancia, y especialmente protegidos por la Ley de Mercado de Valores, el conocimiento del mercado, el hecho de no haber desarrollado actividad alguna para remitir el daño causado y el desconocimiento del importe del beneficio de la sociedad, llevan a entender como correcta y proporcionada la sanción impuesta.

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

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. F.C.B. en nombre y representación de I.B., S.V.B., S.A., contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 3 de febrero de 1993, confirmada en alzada por resolución de 12 de julio de 1.993 del Ministerio de Economía y Hacienda, DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS la conformidad de la misma con el ordenamiento jurídico ratificándola en consecuencia. Sin costas.

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