

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 6 DE
MAYO DE 2002**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª

Recurso nº: 3250/95

Ponente: D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 10 de mayo de 1995 confirmada en vía administrativa por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de octubre de 1995

Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a seis de mayo del año dos mil dos.

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 3250/1995, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. M.R. en nombre y representación de Don G.C.C. contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 10 de mayo de 1995 confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 23 de octubre de 1995, 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.- No habiéndose recibido el presente proceso a prueba, se emplazó 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 30 de Abril de 2002, teniendo lugar así.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Juan Miguel Massigoge Benegiu.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo tiene por objeto determinar la conformidad o no con el ordenamiento jurídico de la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 10 de mayo de 1995 confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 23 de octubre de 1995, por la que se inadmite el recurso interpuesto por extemporáneo y en todo caso se desestima.

Dicha resolución en lo que al presente recurso contencioso- Administrativo se refiere acuerda imponer al actor las sanciones siguientes:

a) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 400.000 pesetas. (CUATROCIENTAS MIL PESETAS).

b) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 400.000 pesetas. (CUATROCIENTAS MIL PESETAS).

c) Por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra j) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 400.000 pesetas. (CUATROCIENTAS MIL PESETAS).

Las infracciones imputadas a la actora son las siguientes:

- Una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el no mantenimiento del coeficiente de liquidez al que están obligadas las Sociedades y Agencias de Valores de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 15 del Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores, y demás normativa de desarrollo.

- Una infracción grave tipificada en la letra g) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el mantenimiento de riesgos frente a dos sociedades (I.B., SA e I.S., S.A.) en porcentajes superiores al 40% de sus recursos propios, límite establecido por el párrafo 2 del artículo 18 del Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores y por el Real Decreto 1343/1992, de 6 de noviembre.

- Una infracción grave tipificada en la letra j) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la no comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de las transmisiones sobre sus acciones efectuadas con fecha 27 de julio de 1992, en contra de lo dispuesto por los artículos 63 de la citada Ley, 12 del Real Decreto 276/1989, de 22 de marzo, sobre Sociedades y Agencias de Valores, Norma 1ª de la circular 5/1989 de la Comisión Nacional de Valores, y normativa concordante.

SEGUNDO.- La parte actora formula en esencia en apoyo de su pretensión las consideraciones siguientes:

a) Infracción del art. 15 de la Ley 26/88 de 29-7 que establece la responsabilidad de los administradores por conducta dolosa o negligente salvo que las infracciones sean exclusivamente imputables a Comisiones ejecutivas, Consejeros delegados, directores generales u otras formas con funciones en la entidad.

Entiende al respecto que la responsabilidad en este caso es directamente imputable a dos Consejeros Delegados Sres. B.P. y T.A. que como consta en la propia resolución impugnada actuaron de forma dolosa y con finalidad de ocultar información a los restantes consejeros. Tales consejeros contaban además con la experiencia exigible por el art. 66 de la LMV y al Sr. B. se le encomendó la gestión empresarial en tanto que el actor era desconocedor de la actividad específica de una agencia de valores no siendo Consejero con experiencia en tal materia habiendo asumido por su nombramiento como Presidente y Consejero Delegado las responsabilidades propias de un administrador de cualquier sociedad pero ello no implicaba actuar con diligencia en el cumplimiento específico de la actividad de agencia de valores por lo dicho.

En definitiva partiendo de la inexistencia de una conducta dolosa tampoco le puede ser imputada a título de culpa o negligencia pues no le puede ser exigible una diligencia para la que se requiera una cualificación y experiencia de la que carece.

b) Infracción del principio Non bis in idem al sancionarse varias veces un mismo hecho.

c) Infracción del principio de tipicidad al sancionarse implícitamente el hecho de haber aceptado unos nombramientos sin constar con la experiencia necesaria para actuar en el mundo del mercado de valores circunstancia ésta no tipificada.

TERCERO.- Conviene precisar en primer lugar en base a la alegación formulada por el actor en su demanda respecto a la admisibilidad de su recurso ordinario que la notificación de la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se practicó en fecha 4 de julio de 1995 interponiendo el recurso ordinario en fecha 4 de agosto de 1995. Al respecto esta Sala ya tiene establecido en reiteradas resoluciones que el art. 48. 2 y 4 de la Ley 30/92 de 26-XI establece que los plazos fijados en meses o años se computaran de fecha a fecha contándose a partir del día de la notificación. Pues bien, la nueva redacción del art. 48 no lleva a resultado distinto del establecido por la reiterada jurisprudencia recaída en relación con el cómputo de los plazos establecido por la anterior LPA, esto es la consideración conjunta del nuevo "dies a quo" y la regla de fecha a fecha no lleva a considerar que el "dies a quem" sea el inmediatamente anterior al ordinal del mes del vencimiento sino que el vencimiento sigue siendo "el día cuyo ordinal coincide con el de la comunicación del acto" como tiene establecido ya esta Sala en anteriores resoluciones.

En consecuencia interpuesto el recurso en fecha 4 de agosto de 1995 y notificada la resolución en fecha 4 de julio de 1995 se encuentra dentro del plazo establecido en el art. 114.2 de la Ley 30/92 de 26-XI lo que obliga a declarar la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la resolución impugnada de fecha 23 de octubre de 1995 en el extremo en que acuerda de forma principal inadmitir el recurso interpuesto por la actora, centrándose en el examen del fondo de la cuestión debatida, examinada y desestimada en todo caso por la mencionada resolución.

CUARTO.- La primera de las cuestiones planteadas es la relativa a la culpabilidad del actor.

Conviene precisar al respecto las siguientes cuestiones:

a) Que el actor era Presidente de la entidad y Consejero Delegado juntamente con los Sres. B.P. y T.A. y que las facultades ostentadas por los Consejeros Delegados era la siguiente:

- Cualquiera de ellos podrá ejercer de forma solidaria, esto es, por sí sólo, las siguientes facultades: 1. Otorgar toda clase de actos, contratos o negocios jurídicos, con los pactos, cláusulas y condiciones que estime oportuno establecer, adquirir, gravar y enajenar por cualquier título y en general realizar cualesquiera operaciones sobre acciones, obligaciones u otros títulos valores; 2. Nombrar y separar empleados y representantes, firmar contratos de trabajo, de transporte y traspaso de locales de negocio; 3. Comparecer ante toda clase de Juzgados y Tribunales de cualquier jurisdicción y ante toda clase de organismos públicos, en cualquier concepto, y en toda clase de juicios y procedimientos incluso arbitrales; interponer recursos, ratificar escritos y desistir de las actuaciones; 4. Otorgar y firmar toda clase de documentos públicos y privados; retirar y cobrar cualquier cantidad o fondos de cualquier organismo público o privado, firmando al efecto cartas de pago, recibos, facturas y libramientos. 5. Ejecutar y, en su caso, elevar a públicos los acuerdos adoptados por al Junta General.

- Don F.B.P. podrá por sí sólo ejercer, además, las siguientes: 1. Dirigir la organización empresarial de la Sociedad y sus negocios; 2. Administrar bienes muebles e inmuebles; 3. Otorgar poderes de todas clases.

- Precisarán de la actuación conjunta y necesaria de dos cualesquiera de ellos las siguientes: 1. Adquirir, disponer, enajenar, gravar toda clase de bienes muebles e inmuebles y constituir, aceptar, modificar y extinguir toda clase de derechos personales y reales, incluso hipotecas; 2. Girar, aceptar, endosar, intervenir y protestar letras de cambio y otros documentos de giro; 3. Tomar dinero a préstamo o crédito, reconocer deudas y créditos; 4. Disponer, seguir, abrir y cancelar cuentas y depósitos de cualquier tipo en Bancos, Institutos y Organismos Oficiales y demás entidades, haciendo todo cuanto la legislación y la práctica bancarias permitan.

b) Que la resolución sancionadora en base al grado de participación y responsabilidad de los Consejeros Delegados considera que la misma ha de apreciarse a título de dolo respecto a los Sres. B.P. y T.A. y a título de simple negligencia respecto al actor al no haber observado en su actuar toda la diligencia que a su cargo era exigible.

Sólo resta por lo tanto examinar si efectivamente concurrió o no una conducta negligente en la actuación del actor y no dolosa, descartada en la propia resolución administrativa.

QUINTO.- Como establece reiterada Jurisprudencia del Tribunal Supremo "El art. 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 art. 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.

No discutiéndose como se ha dicho la conducta dolosa de los consejeros Delegados Sres. B.P. y T.A. la Sala entiende que se cabe apreciar una falta de diligencia en la conducta del actor. Este no sólo fue nombrado Presidente de la Sociedad sino también Consejero Delegado con las funciones que podía ejercer de forma solidaria o conjunta con otro de los consejeros Delegados a que se ha hecho referencia y de las que se desprende que efectivamente podía adoptar decisiones en el ámbito de la gestión y dirección de la empresa lo que conlleva en la actuación de un ordenado empresario conforme establece el art. 127 LSA para los Consejeros Delegados, una labor de control y seguimiento de las operaciones de la sociedad, labor que no llevó a cabo inhibiéndose de la misma.

Ciertamente manifiesta que no formaba parte de los administradores con conocimientos y experiencia adecuados en materias relacionadas con el mercado de valores a que se refiere el art. 66 de la Ley 24/88 pero no es menos cierto que las infracciones que se le imputan relativas al coeficiente de liquidez y nivel de riesgos que han de mantener las Agencias de Valores y comunicaciones de determinadas actuaciones a la Comisión Nacional Del Mercado de Valores no precisan de conocimientos especializados en las operaciones que en general desarrollan tales entidades por tratarse de reglas básicas y ordinarias en su actuación y tales conocimientos básicos han de poseerse o adquirirse por quien ostente la Presidencia y es Consejero Delegado de una entidad de tal naturaleza sin una especial dificultad.

Tampoco pueden admitirse las alegaciones que se efectúan por la actora de limitarse a cumplir con sus obligaciones en la vertiente societaria que denomina "al margen de las operaciones técnicas" propias de la actividad de una Agencia de Valores por cuanto el objeto social de la sociedad está precisamente limitado a las actividades en tal mercado de valores y por ello su conducta diligente debía haberse observado en relación con tal objeto social no diferenciado de otras actividades ordinarias, y por otra parte en aspectos tan básicos y exentos de la que denomina gran complejidad y tecnicismo como son el control y seguimiento de los valores de que dispone en cartera la sociedad y naturaleza y características generales de estos y la composición de sus propias acciones sus transmisiones y las obligaciones básicas de su comunicación a la Comisión Nacional de Mercado de Valores, cuestiones de las que derivan precisamente las infracciones imputadas.

De lo antes expuesto cabe concluir en que la inhibición mostrada por el actor en relación con los conocimientos básicos que ha de poseer quien resulta nombrado Presidente y Consejero Delegado de una sociedad cuyo objeto social es la actuación en el mercado de valores y así mismo en relación con el ejercicio de funciones de control y seguimiento de tal

actuación para las que disponía de facultades, constituye una conducta que ha de calificarse de negligente o culposa.

Finalmente conviene precisar que de las actuaciones que en vía penal se seguían contra los Consejeros Delegados ya aludidos y de los indicios obtenidos por la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores existían como se afirma en la propia resolución impugnada indicios que permiten hablar de una actuación claramente engañosa y dirigida a ocultar al Consejo de Administración las actuaciones que al frente de la sociedad estaban desarrollando pero de ello no cabe deducir como afirma el actor, la inexistencia de responsabilidad en su conducta cuando efectivamente disponía de medios societarios y legales para haber ejercitado un control básico de actividades de la sociedad, a que como ordenado empresario venía obligado sin que exista circunstancia alguna de que las actividades de ocultación llevadas a cabo por los Sres. B.P. y T.A. fuesen de tal entidad que la conducta diligente del actor en el sentido expuesto no hubiese permitido su conocimiento especialmente cuando no consta como se ha dicho actuación alguna del recurrente encaminada a impedir la actuación de un tercero.

SEXTO.- Ha de rechazarse por otra parte la alegada infracción del principio non bis in idem por una parte por cuanto en relación con las actuaciones penales no consta el resultado final de las mismas, eran seguidas exclusivamente frente a los Consejeros Delegados Sres. B.P. y T.A. y no frente al actor y la causa se seguía por presuntos delitos de falsedad y apropiación indebida con lo que no puede apreciarse la identidad de sujetos hechos y fundamentos requeridos para la existencia del referido principio.

Por otra parte tampoco cabe apreciar la concurrencia de tales requisitos en relación con las sanciones administrativas impuestas que lo han sido a la entidad, a los Sres. B.P. y T.A. y al propio recurrente que en consecuencia en forma alguna ha sido sancionado dos veces por el mismo hecho constituyendo las conductas sancionadas infracciones claramente diferenciadas y como tal tipificadas.

SEPTIMO. - Finalmente no cabe referirse a la falta de tipicidad por entender que la resolución administrativa sanciona implícitamente el hecho de aceptar unos nombramientos sin contar con la experiencia necesaria. La tipificación de las conductas imputadas constan claramente en la resolución impugnada sin que sea preciso reiterarlas ahora en tanto que la falta de experiencia a que alude el actor no es sino una de las circunstancias valoradas para apreciar la conducta negligente o culposa y no dolosa del actor.

Las consideraciones anteriores obligan a la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo.

OCTAVO.- No se aprecian, circunstancias para efectuar una expresa condena en costas de conformidad con lo dispuesto en el art. 131LJ.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. M.R. en nombre y representación de D. G.C.C. contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 10 de mayo de 1995 confirmada en vía de recurso ordinario por resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 23 de octubre de 1995, debemos declarar y declaramos la conformidad de las mismas con el ordenamiento jurídico con exclusión de la inadmisibilidad por extemporáneo del recurso ordinario de forma principal por esta última. Sin costas.