

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE FEBRERO DE 1999**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

Recurso nº: 828/95  
Ponente: D. Óscar González González  
Acto impugnado: Resolución del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995  
Fallo: Estimatorio

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

En el recurso contencioso-administrativo núm. 828/1995, interpuesto por Don J. M. A., Don J. M. C. y Don J. M. C., representados por el procurador Don C. I. C., 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 los recurrentes 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 los actores interpuso recurso contencioso-administrativo, formalizando demanda con la súplica de que se dicte sentencia declarando nula la resolución recurrida, dejándola sin efecto alguno, con imposición de costas a la Administración demandada.

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 13 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 los actores, se dictó providencia en fecha 18 de diciembre de 1998 dando traslado al Sr. Abogado del Estado del escrito por aquélla presentado; quien evacuó el trámite conferido en fecha 15 de enero de 1998.

OCTAVO.- 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. ÓSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrado de la Sala.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.-

A) El Consejo de Ministros, con fecha 13 de octubre de 1995 acordó imponer a Don J. M. C. las siguientes sanciones:

1.- Multa por importe de 1.500.000 (un millón quinientas mil) pesetas, 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.- Multa por importe de 1.500.000 (un millón quinientas mil) pesetas, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra e) del artículo 99 de la Ley 24/1988, por llevar «G. M B., SVB, S.A.» su contabilidad, durante los ejercicios 1993 y 1994, con vicios e irregularidades esenciales que impiden conocer su verdadera situación patrimonial y financiera.

Y a Don J. M. A. y Don J. M. C., las siguientes:

1.- Multa por importe de 2.500.000 (dos millones quinientas mil) pesetas, 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.- Multa por importe de 5.000.000 (cinco millones) de pesetas 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 5.000.000 (cinco 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.- Multa por importe de 5.000.000 (cinco millones) de pesetas 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, S.A.», dispusiera libremente del patrimonio de los fondos por ella gestionados, vulnerando lo establecido en el artículo 29 de la Ley 46/1984.

B) Contra este acuerdo se interpuso por Don J. M. C., J. M. A. y Don J. M. C. el presente recurso contencioso-administrativo.

Habida cuenta de que las responsabilidades que se imputan al primero lo son por circunstancias distintas a la de los otros dos, conviene, por razones metodológicas, efectuar su examen separado, si bien, antes de ello, habrá que contemplar los motivos de impugnación que afectan globalmente al acto recurrido.

SEGUNDO.- En primer término se indica que el Consejo de Ministros es incompetente para imponer a los recurrentes las sanciones de multa por infracciones muy graves, ya que conforme al artículo 97 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y 32 de la Ley 46/1984, de Instituciones de Inversión Colectiva, es al Ministro de Economía y Hacienda al que le corresponde su imposición.

Este argumento debe rechazarse, si se tiene en cuenta que de los expedientes derivaban responsabilidades de diferentes entidades y personas pertenecientes a sus Consejos de Administración susceptibles de castigarse con distintas sanciones, cuya imposición está atribuida por las mencionadas normas a órganos subordinados jerárquicamente, según la entidad de la infracción; y siendo el Consejo de Ministros órgano supremo sobre los restantes, al que le corresponde imponer la sanción máxima de revocación de la autorización, ello comporta que, al tratarse de los mismos hechos en los que han participado diferentes sujetos, razones de congruencia y economía aconsejan -con el fin de evitar posibles contradicciones que sobre las mismas conductas pudieran producirse de resolverse cada una de ellas separadamente por los respectivos órganos-, que sea el competente para imponer la revocación de la autorización el que de forma conexa decida sobre la imposición de las restantes, lo que viene posibilitado por el artículo 89.1 de la Ley 30/1992, de Procedimiento Administrativo Común.

TERCERO.- Los recurrentes invocan la nulidad del acto impugnado, porque consideran que se ha omitido el informe preceptivo del Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, exigido por el artículo 23 de la Ley 24/1988.

Este motivo debe rechazarse, al responder a una idea equivocada de cuándo debe entenderse producida la declaración de voluntad de los órganos colegiados. En efecto, en tales órganos es necesario distinguir entre esa declaración y su constancia documental. La voluntad se forma desde el momento mismo en que se adopta el acuerdo por concurrir el número de votos necesarios para que se obtenga la mayoría que exige la norma -art. 26.4 LPAC-. Esa manifestación mayoritaria se documentará por el Secretario, siendo el acta la exteriorización formal de la voluntad, que habrá de aprobarse en la misma o en la siguiente sesión, conforme indica el artículo 27.5 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común. Ahora bien, el hecho de que se apruebe en sesión posterior no significa que el acuerdo tenga la fecha de ésta.

En el expediente, y en la documentación que se acompañó a la demanda, consta que el Comité Consultivo se reunió el día 6 de septiembre de 1995, a las 11 de la mañana. En el punto 7º del acta consta el informe referido al expediente sancionador seguido a G.M.B.,SVB, S.A., y a los miembros de su Consejo de Administración, a «G. M.», a «C. A. V., C. y A.», y a determinadas personas, entre las que se encuentran los recurrentes. Este informe se aprueba por unanimidad.

Es, por tanto, previo a la reunión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que tuvo lugar ese mismo día por la tarde, por lo que no es posible apreciar la infracción que se denuncia. El que posteriormente se haya aprobado el acta de la sesión anterior, con la introducción en ella de lo manifestado por uno de sus miembros, en favor de exonerar de responsabilidad a los ahora recurrentes, en nada empece a que el informe se haya emitido en tiempo, máxime si se tiene en cuenta que su voto discrepante no hubiese cambiado el sentido del informe previo.

CUARTO.- En relación con Don J. M. C., según se desprende de los razonamientos de la resolución, la responsabilidad que se le imputa lo es a título de negligencia. Esta responsabilidad se hace derivar del hecho de que formó parte del Comité Interno de Dirección de «G.M.B., SVB, SA», durante un tiempo determinado dentro del período en que se cometieron las infracciones por dicha entidad de mediación, comité que tenía encomendada funciones ejecutivas y la gestión diaria de la entidad, que estaba atribuida a Don J. M. C., junto con otra persona.

Con referencia a su responsabilidad, deben destacarse los siguientes datos:

- a) La primera imputación, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, lo es 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» y «C. FIAMM», que implican simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos.
- b) La segunda imputación por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra e) de dicha Ley, lo es por llevar G.M.B., SVB, S.A. su contabilidad, durante los ejercicios 1993 y

1994, con vicios e irregularidades esenciales que impiden conocer su verdadera situación patrimonial y financiera.

Ahora bien, la responsabilidad que se le atribuye lo es a título de negligencia, entendida, según la resolución recurrida, como la falta de diligencia debida para evitar un resultado antijurídico, previsible y evitable.

Pues bien, tal conducta indiligente no pudo atribuirse a este señor, por las siguientes circunstancias, extraídas del propio acuerdo, o de los autos:

a) Sólo formó parte del Comité Interno de Dirección hasta marzo de 1994, por lo que no se comprende cómo puede atribuírsele responsabilidad por una conducta continuada entre septiembre de 1993 y mayo de 1994, a que se refiere la primera infracción, o durante todo el ejercicio de 1994, que menciona la segunda, si en marzo de 1994 hubo de ser trasladado a Estados Unidos para ser sometido a una intervención quirúrgica.

b) La gravedad de la dolencia física que venía padeciendo desde mediados de 1993 le impidió centrar sus esfuerzos en la gestión de la entidad, delegando parte de sus funciones en los dos Directores Generales -así lo indica el acuerdo-.

c) La gravedad de la enfermedad le obligaba a acudir en varias ocasiones a Houston, desde marzo de 1994, y le impidió desde principios de dicho año realizar una vida normal y una plena actividad profesional, como se ha demostrado en este recurso por la declaración de dos doctores en medicina.

Ante tales datos, falta en la resolución recurrida una adecuada correlación entre las conductas que se imputan y el tiempo en que pudieron ser realizadas, lo que produce un núcleo de incertidumbre que es inconciliable con la certeza que debe presidir las resoluciones sancionadoras, situación de penumbra que no puede ser salvada con la referencia que en ella se hace a un cierto grado de reprochabilidad derivada de la posición privilegiada que esta persona tenía en la entidad infractora; pues, ante la negativa de conocimiento y participación en las actuaciones irregulares, derivada de su enfermedad reconocida en el acuerdo de sanción, debió precisarse el grado de intervención que en ellas tuvo y que fuera determinante de una falta de diligencia en evitar el resultado antijurídico, ya que la simple ostentación de una situación de mando no significa, sin más, negligencia, al ser necesario un nexo de causalidad entre la infracción y la conducta del administrador o director, como se preocupa de indicar el artículo 15.2 a) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, para los supuestos de inasistencia justificada, cual es el caso, o, con carácter general, el artículo 105 Ley de la 24/1988.

QUINTO.- Con referencia a Don J. M. A. y Don J. M. C. se les considera responsables, a título de negligencia, de las siguientes infracciones:

a) Intervención y realización de forma continuada, entre septiembre de 1993 y mayo de 1994, de operaciones 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.

b) 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 la Ley 46/1984.

c) Invertir en activos distintos de los autorizados legalmente, para «C. A. FIM», y «C. FIAMM».

d) 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, S.A. dispusiera libremente del patrimonio de los fondos por ella gestionados, vulnerando lo establecido en el artículo 29 de la Ley 46/1984.

Tales imputaciones se realizan porque estas personas formaban parte del Consejo de Administración de la entidad «G. M.», a cuya entidad, según se desprende de los hechos probados del acto impugnado, se le atribuyen las siguientes conductas: a) colaborar de manera activa en la actuación desarrollada por G.M.B., SVB, S.A., consistente en simular la realización e intervención o la transmisión para su ejecución a la entidad habilitada para ello, de operaciones de renta fija o de Deuda Pública, no requiriendo de ésta la documentación que justificara de manera fehaciente la efectiva realización de dichas operaciones; b) contabilizar en las carteras de los Fondos de Inversión mencionados, las operaciones que G.M.B., SVB, S.A. indicaba aun a sabiendas de que dichas operaciones no se habían llegado a realizar, al menos en las fechas en que G.M.B., SVB, S.A. indicaba, incurriendo en el consiguiente falseamiento de la contabilidad de los tres Fondos, reflejando dicha circunstancia en los informes periódicos que remitía a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y a los partícipes de los mismos; c) haber puesto en grave peligro los intereses de los partícipes de los Fondos, al permitir que G.M.B., SVB, S.A. utilizara el efectivo de los mismos para fines distintos de la compra de valores durante un período de tiempo determinado, con la consiguiente situación de incertidumbre en la que colocó a los partícipes de éstos y ante el posible quebranto económico que podría haberse producido.

En la resolución no hay dato alguno que fije en qué medida han intervenido las mencionadas personas en cada una de las conductas que se le atribuyen. Por otra parte, en la prueba testifical practicada en estos autos se ha demostrado el desconocimiento que de los hechos referidos tenía el Consejo de Administración, siendo la Directora General, en relación con el verdadero artífice de estas operaciones de ingeniería financiera – Don M. R. V.-, como así lo indica el acto recurrido, la que ejecutaba y decidía las operaciones de inversión y coordinación.

La simple pertenencia al Consejo de Administración de una sociedad anónima podrá generar responsabilidad para sus miembros, que no hayan disentido del voto mayoritario, cuando los hechos infractores se tomen por dicho órgano colegiado, pero no, cuando tales actos ilegales son adoptados por otros órganos directivos, sin la participación de aquel

Consejo -como así lo entendió el acuerdo impugnado en relación con miembros del de «G.M.B., SVB, S.A.»-, si, como ocurre en el presente caso, se trata de conductas, que por su naturaleza -simulación, falsedad, apropiación, indebida inversión- tienden a enmascararse, ocultarse o sustraerse al conocimiento de los miembros de aquél, por los que verdaderamente han sido sus autores.

Es esto lo que hay que inducir de los siguientes preceptos: a) artículo 105 de la Ley 24/1988, cuando señala que se sancionará a “quienes ejerciendo cargo de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción”, b) artículo 15.1 de la Ley 26/1988, al indicar 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”, y c) artículo 15.2 b, al exonerar de responsabilidad a los miembros del Consejo de Administración, cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad. Es más, el apartado a) de dicho artículo deja claro, que la responsabilidad de tales miembros es exigible por decisiones y acuerdos tomados en su seno, no por los adoptados fuera de él.

En conclusión, no puede exigirse responsabilidad a los recurrentes por los hechos que se les imputa, ni aún siquiera con base en una anterior sanción, como señala el acto impugnado, pues, aparte de que también ha sido recurrida sin que conste haber sido resuelto el correspondiente recurso, se refiere exclusivamente a la inversión en activos no autorizados - no a los demás hechos-, que es una conducta que por su carácter se produce con desconocimiento de los recurrentes, y que sólo tienen conciencia de ella después de ejecutada.

SEXTO.- No se dan las circunstancias del artículo 131 de la Ley Jurisdiccional 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 el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de Don J. M. A., Don J. M. C. y Don J. M. C. contra acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de octubre de 1995, el que anulamos por contrario a Derecho, en relación con las sanciones a ellos impuestas; 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.