

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JULIO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso n°: 10397/98
Ponente: D. Francisco Trujillo Mamely
Acto impugnado: Sentencia de 12 de junio de 1998, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a siete de julio de dos mil tres.

VISTO por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 10.397 de 1998 interpuesto por la entidad "F., S.A.", representada procesadamente por la Procuradora Dña. M. J. G. D., contra la sentencia dictada el día 12 de junio de 1998 por la Sala de Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional en el recurso número 178 de 1995, que confirma por ser ajustada a derecho, la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 28 de diciembre de 1994.

Es también parte recurrida LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación procesal que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 12 de Junio de 1998, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don R. F. A., "F., S.A." y "G. I. F., S.A." contra la Orden dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 28 de diciembre de 1994 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a Derecho, sin efectuar al pago de las costas"*.

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de casación la entidad "F., S.A." a través de su Procuradora Sra. G. D., quien en su escrito de formalización del recurso, tras alegar los motivos de casación que estimó conducentes a su pretensión, terminó suplicando a la Sala que se dictase sentencia por la que, estimándolo, se casara y anulara la recurrida y se declarase la nulidad del expediente sancionador seguido contra su mandante, dejando sin efecto la sanción impuesta. Subsidiariamente interesó que se declarase la no comisión por parte de "F., S.A.", de la infracción prevista en el Art. 99 r) de la Ley del Mercado de Valores y revocase la sanción impuesta.

TERCERO.- La parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, a través del Sr. ABOGADO DEL ESTADO, en el escrito correspondiente formuló su oposición a los motivos de casación, y terminó suplicando a la Sala que en su día se dictase sentencia por la que desestimando el recurso interpuesto de contrario, se confirmase íntegramente la recurrida, con expresa imposición de las costas a la recurrente.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 21 de marzo de 2003, se acordó señalar para deliberación y fallo de este recurso el día 25 de Junio siguiente, en el que han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. FRANCISCO TRUJILLO MAMELY, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional, con fecha 12 de junio de 1.998, desestimó el recurso contencioso administrativo interpuesto, entre otros, por "F., S.A.", contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 28 de diciembre de 1.994 que le impuso la sanción de diez millones de pesetas como autora de una infracción muy grave en el artículo 99. r) en relación con el artículo 60, ambos de la Ley 24/1.988. de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La sentencia de instancia basó su decisión del siguiente modo:

[...]“Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos descritos en la Orden Ministerial impugnada. Hechos que por otra parte no son impugnados por los recurrentes, quienes solicitan la revocación de dicha Orden con base en su falta de intencionalidad al cometer las infracciones, y la escasa relevancia de las mismas. El resumen de los hechos constitutivos de las infracciones es el siguiente; el 13 de mayo de 1992 “F., S.A.” sociedad controlada por Don R. F. A. adquirió acciones representativas del 24,88% de capital social de URBAS, no realizando la declaración de participación significativa a la C.N.M.V. hasta el 18 de junio de 1992. entre el 3 y el 22 de septiembre de 1992, “G. I. F., S.A.” adquirió acciones de Urbas representativas de 1,04% del capital social, por lo que, siendo esa sociedad propiedad de Don R. F. A. éste pasó a detentar el 25,92% del capital social de Urbas sin haber promovido una Oferta Pública de Adquisición. Posteriormente, Don R. F. A. vendió el 0,95% del capital de Urbas pasando a detentar el 24,97% del mismo”.

[...]“De la propia exposición resumida de los hechos resulta inequívocamente que para consumir la infracción consistente en adquirir más del 25% de una Sociedad sin formular una Oferta Pública de Adquisición, fue necesaria la intervención de “F., S.A.” y “G. I. F., S.A.”, adquirentes directas de las acciones, y de Don R. F. A., titular indirecto del cúmulo de acciones equivalente a más del 25% citado. La intervención de los tres fue necesaria e imprescindible para la consumación de la conducta tipificada, por lo que es conforme a derecho que se imponga una sanción a cada uno de los responsables de la infracción”.

[...]“Las irregularidades del procedimiento denunciadas no pueden prosperar como pretenden los recurrentes, a cuyo juicio constituyen causa para declarar la nulidad del mismo. En primer lugar no es causa de nulidad el que el Ministro al dictar la Orden correspondiente reproduzca sustancialmente la propuesta que le realiza la C.N.M.V. lo que como señala el Abogado del Estado, constituye una manifestación de coordinación, desconcentración y economía de medios. En segundo lugar, no se ha producido indefensión de los ahora actores, quienes han recibido cumplido traslado de las actuaciones, y en concreto, del pliego de cargos, formulando los tres escritos de alegaciones, como les fue notificada la Procuradora de Resolución, con nuevas alegaciones. En todo caso, no se aprecia por la Sala indefensión denunciada, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

En cuanto a la cuantía de las sanciones, esta Sala considera que se han impuesto con absoluto respeto del principio de proporcionalidad, no apreciando la concurrencia de causa o circunstancias alguna que aconseje la reducción de las cuantías señaladas”.

SEGUNDO.- Disconforme con la sentencia citada la recurrente interpone este recurso de casación, cuyo primer motivo lo articula al amparo del ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional de 1.956 en la redacción que le dio la Ley 10/1.992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, por infracción de los artículos 63, 134.2 y 135 de la Ley 30/1.992, (de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), y doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la materia.

En el desarrollo del motivo se distingue entre: 1), la infracción del principio de audiencia, (artículos 135 Ley 30/1.992 y 18, 19 y 20 R.D. 1.398/1.993); 2), la infracción del principio de separación entre el órgano instructor y resolutorio, (artículo 134.2 Ley 30/1.992) y, 3), la indefensión –a consecuencia de tales infracciones– proscrita por el artículo 63.2 de la Ley 30/1.992.

La primera de tales infracciones se hace descansar en que, en su opinión, se han formulado hasta tres propuestas de Resolución, con contravención, por tanto, no sólo de los preceptos que cita sino también de la propia doctrina constitucional y doctrina jurisprudencial a que alude, -y que por su reiteración es innecesario la cita expresa de las sentencias que la establecen-, en cuanto a establecer que el derecho a conocer la propuesta de resolución, que tiene en el procedimiento administrativo sancionador un alcance análogo al del escrito de acusación del Ministerio Fiscal en el proceso penal, forma parte de las garantías que establece el artículo 24.2 de la Constitución, porque sin ese derecho a ser informado de la acusación formulada contra el imputado no hay posibilidades reales de defensa en el ámbito del procedimiento.

Ahora bien, estando esta Sala absolutamente conforme con tales presupuestos lo que ocurre es que, en este caso, no es lo sucedido. Y no lo es, porque en primer término, no existe esa tercera propuesta de resolución a la que la parte se refiere, que no es sino la que conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley del Mercado de Valores, le viene impuesta al Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuyo informe es preceptivo en relación con *“la imposición de sanciones por infracciones muy graves, en virtud de lo dispuesto en título VIII de esta Ley”*, esa es la tercera propuesta a que se refiere y en la que respecto de “F., S.A.” no se establece modificación alguna; en segundo lugar, porque la segunda propuesta de resolución si estableció una modificación respecto de la primera, suprimiendo de esta las expresiones *“su naturaleza e identidad, la escasa gravedad del perjuicio causado y de las consecuencias para el sistema financiero, así como”*, manteniendo el resto, esto es, *“por otra parte, atendiendo a los criterios que para graduar la sanción establece el Art. 14 de la Ley 26/1.988, en el presente caso resultan aplicables como circunstancias que aconsejan la atenuación de las sanciones a imponer el haber procedido a la subsanación de las infracciones por propia iniciativa”* y lo que se añade *“en lo que se refiere al incumplimiento consistente en comunicar con demora... debe apreciarse como criterio que aconseja su agravación, el hecho de haber sido sancionado anteriormente Don R. F. A. por la comisión de idénticas infracciones”*, es lo cierto que, en cualquier caso, no se refería a quien recurre; por lo que si bien es cierto, como sostiene la recurrente que en un supuesto en que los hechos no se discuten por el expedientado, las circunstancias que rodean esos hechos y sus calificación jurídica por parte del órgano instructor, son extremadamente relevantes y deben formar parte de la Propuesta de Resolución que se notifica al expedientado, no lo es menos que tal alteración, según ella

misma reconoce al transcribir la modificación no se produce respecto de ella, por lo que no se le produjo indefensión alguna y, aún más, ni siquiera esa supuesta circunstancia de agravación se tuvo en cuenta en este caso en que se le impuso la sanción en el grafo mínimo esto es, en el 1% de sus recursos propios, (diez millones de pesetas, cuando su estado financiero a 31 de diciembre de 1.991, último cerrado al tiempo de cometerse la infracción, ascendía a 1.098 millones de pesetas), cuando podía llegar, conforme al artículo 102.a), de la Ley 24/1.988, hasta el 5% de esos recursos propios.

TERCERO.- En el motivo de casación que examinamos, el segundo de los apartados del mismo hace referencia a la infracción del principio de separación entre órgano instructor y órgano resolutorio, artículo 134.2 de la Ley 30/1.992.

La absoluta identidad entre la propuesta, que con el informe preceptivo del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ha de elevar al órgano competente para la resolución del expediente, y la Orden que lo resuelve, no supone, desde luego, en este caso, contravención de aquel principio; en cualquier caso queda claro en el ámbito procedimental específico del Real Decreto 2.119/1.993, de 3 de diciembre, sobre el Procedimiento sancionador aplicable a los sujetos de actuación en los mercados financieros, y de cuya existencia se olvida la recurrente, y cuyo artículo 8.2 establece que: *“Recibidas las alegaciones, o transcurrido el plazo para efectuarlas, el instructor remitirá la propuesta, junto al expediente, al órgano que acordó la iniciación, para que lo resuelva o lo eleve al que compete la decisión, cuando corresponde a órgano distinto”,* que es eso exactamente lo aquí ocurrido; existe un Órgano que acuerda la iniciación, existe un Órgano instructor, existe un Órgano que ha de informar preceptivamente la propuesta de sanción por infracción muy grave y existe un Órgano decisor, que puede, como hizo en este caso, aceptar íntegra esa propuesta en cuanto las alegaciones de la recurrente venían ya informadas; con ello no se incurre en error jurídico alguno, ni se produce una identificación entre el Órgano instructor con el Órgano decisor. El Órgano instructor se limitó a cumplir con lo establecido en el precepto citado, específico de este tipo de procedimientos, y remitió la propuesta al Órgano que decidió la incoación; así se constata efectivamente en las actuaciones administrativas.

CUARTO.- En relación con el tercero de los apartados en que se subdivide el motivo, cierto es que una cosa son las irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo y, otra distinta, las cometidas en el proceso judicial. Nadie lo discute ni lo ha puesto en tela de juicio.

Lo único que sucede, en este caso, es que la sentencia, tal como hemos dejado anteriormente transcrito, se está refiriendo en su Fundamento Jurídico Quinto a esas irregularidades cometidas en el procedimiento administrativo, que habían sido articuladas como motivos de impugnación de la Resolución administrativa y, tras examinarlas, ha concluido que no se produjo la indefensión denunciada. Y esa apreciación es la que, por más que pretenda la recurrente con su laboriosa argumentación entre indefensión sin trascendencia constitucional o con ella, o con la distinción entre la postura antiformalista acerca de los vicios de forma o la postura instrumental acerca de los mismos, alegaciones lícitas en el derecho de defensa de la parte, no tiene la trascendencia que pretende a estos efectos. Pues partiendo de esa consideración de la Sala que, por cuanto anteriormente hemos dicho, la parte no ha

logrado desvirtuar, ha de recordarse lo que con fecha reciente, (sentencias de 30 de mayo y 23 de junio pasado), hemos dicho: *"en este orden de ideas, no ha de olvidarse: Que los defectos de forma sólo determinan la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin o dé lugar a indefensión de los interesados, y que esta regla, de relativización de los vicios de forma, que no determinan per se la nulidad, sino sólo cuando al vicio se anuda alguna de esas consecuencias... En otras palabras, los vicios de forma adquieren relevancia cuando su existencia ha supuesto una disminución efectiva y real de garantías. La indefensión es así un concepto material que no surge de la sola omisión de cualquier trámite. De la omisión procedimental ha de derivarse para el interesado una indefensión real y efectiva, es decir una limitación en los medios de alegación, prueba y, en suma, de defensa de los propios derechos e intereses. Limitación que, por lo expuesto no cabe apreciar en el supuesto enjuiciado"*.

QUINTO.- Se articula un segundo motivo de casación asimismo al amparo del ordinal 4º del artículo 95.1 de la Ley jurisdiccional citada, en este caso por infracción, por aplicación indebida del artículo 60 de la Ley 29/88, (sic), del Mercado de Valores, así como del principio de non bis in idem.

En el desarrollo del motivo se sostiene que el razonamiento de la sentencia, en cuanto establece (como ya hemos dejado transcrito) que fue necesaria la intervención de "F., S.A." y otra mercantil, como adquirentes directas de las acciones y de Don R. F. A., que controlaba la primera y era propietario de la otra, supone una aplicación cumulativa de las sanciones que ni está prevista en el artículo 60 citado ni respeta el principio de non bis in idem.

Y, lo primero, en razón de que el artículo 60, y su desarrollo en el artículo 2 del Real Decreto 1.197/1.991, (de 26 de julio, de Régimen de las ofertas públicas de adquisición), lo que vienen a imponer es la obligación de formular OPA a quien adquiere a través de personas interpuestas, no a estas últimas, en cuanto realizan una función instrumental y carecen de los presupuestos de la obligación.

Sin embargo de la redacción de los preceptos citados, (artículo 60: *"Quien pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de Valores u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y de esta forma llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad, no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares"*, y, artículo 2: *"Se considerarán poseídas o adquiridas por una sola persona física o jurídica las acciones u otros valores poseídos o adquiridos por las entidades pertenecéis a su mismo grupo, tal como este se define en el artículo 4 de la Ley 24/1.988 del Mercado de Valores y por las demás personas que actúen en nombre propio, pero por cuenta ajena o de forma concertada con aquella."*), no cabe extraer la consecuencia que la recurrente pretende.

En efecto, que concurrieran en Don R. F. A., que controla y es propietario de las sociedades, las situaciones que generan la obligación de comunicar la adquisición de un número significativo de participaciones, no excluye la participación en la infracción administrativa, de quien, persona física o jurídica, sin su concertación y su intervención necesaria no se hubiese podido cometer la infracción. En la medida, que resalta la

sentencia, en que la intervención de todos los sujetos ha sido necesaria e imprescindible para la producción del efecto antijurídico, con la producción de una actuación coordinada de la que resultó la infracción, las sanciones por este concepto han de alcanzar a los tres sujetos.

No es por tanto, como decía acertadamente, -y hora resumimos-, la Resolución administrativa, sólo el sujeto del que emana el poder de dirección del grupo, sino también las personas jurídicas por ella controladas que participan directamente en la consumación de la infracción legal mediante la adquisición de acciones, las que incurren en el ilícito administrativo. Pues el tipo sancionador contempla no sólo el supuesto de ejecución individual de los comportamientos prohibidos por la norma, sino también aquel ejecutado por una pluralidad de sujetos (personas físicas o jurídicas) que actúen concertadamente, esto es, con un propósito común de adquirir, ya sean formal o materialmente autónomos o sólo lo son jurídica pero no materialmente, pues todos ellos participan en el ilícito administrativo, y eso es, precisamente, lo que confirma la sentencia, por cuanto serían la persona física y las entidades utilizadas para adquirir el paquete significativo de acciones las que habrían eludido la obligación de llevar a cabo el procedimiento de adquisición preceptivo.

De lo anterior se desprende claramente que no estamos ante un supuesto de non bis in idem, pues indudablemente los sujetos son distintos y cada uno se hace acreedor a la sanción por su propia actuación, sin que sea cierto, como sostiene la recurrente que sea una incongruencia el levantamiento del velo de las sociedades interpuestas para imputar la adquisición de acciones a quien controla esa sociedad y luego se considere persona independiente a quien se debe sancionar, puesto que se sanciona a cada uno por razón de su participación imprescindible en el hecho ilícito; a la recurrente, por esa participación con independencia de la composición de su accionariado.

Procede, por ello, desestimar también este motivo.

SEXTO.- Un último motivo de casación se articula, también en este caso, al amparo del ordinal 4º del citado artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional expresada, por infracción, en este caso, del principio de proporcionalidad establecido en el artículo 131 de la Ley 30/1.992.

Se sostiene en el motivo que, impuesta la sanción de diez millones de pesetas, se infringe el principio de proporcionalidad de la sanción que, en el peor de los casos, debe ser reducida considerablemente, en atención a los criterios establecidos en el artículo citado para la graduación de la sanción, esto es, existencia de intencionalidad o reiteración, naturaleza de los perjuicios causados y la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme. Ninguna de cuyas circunstancias concurren en el supuesto de autos, según sostiene y que, incluso, el grupo de Don R. F. A. procedió a vender acciones hasta por debajo del límite del 25% asumiendo con ello una pérdida económica de veintiséis millones cuatrocientas noventa y seis mil setecientas noventa pesetas, por lo que la sanción es desproporcionada y debe ser reducida para ajustarla a las circunstancias del caso.

Cierto es que, por la aplicación de los principios que informan el orden penal común al campo del Derecho Administrativo Sancionador, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción; y, así se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.

No es esto último lo que la Sala entiende que ha de ocurrir en el caso de autos. En efecto, el artículo 102.a), de la Ley 24/1.988, como segundo criterio para la imposición de sanciones por infracciones muy graves, cuando no sea aplicable el anterior, de no constar el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos, u omisiones en que consista la infracción, acude al de la fijación de hasta el 5% de los recursos propios si se trata de una entidad. En el caso de autos la Administración impuso la correspondiente al uno por ciento de los recursos propios de la entidad, a los que anteriormente hicimos referencia. Si se impuso en el grado mínimo, y aún dentro de este, pudo haber alcanzado una mayor cuantía, incluso hasta el 1,65% no parece que el principio de proporcionalidad haya sido infringido ni por la Resolución administrativa ni por la sentencia de instancia.

También, por ello, este motivo ha de ser desestimado.

SÉPTIMO.- La desestimación del recurso de casación comporta, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional la expresa imposición de las costas de este recurso.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

No haber lugar y, por tanto, desestimamos el recurso de casación interpuesto por la representación legal de "F., S.A.", contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional, con fecha 12 de junio de 1.998, en el recurso contencioso-administrativo 178 de 1.995; con expresa imposición de las costas de este recurso de casación a la parte recurrente.

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.