

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE ENERO DE 2009

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 3221/05
Ponente: D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 14 de marzo de 2005
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veintisiete de enero de dos mil nueve.

VISTO el recurso de casación número 3221/2005, interpuesto por el Procurador Don J.S.A., en nombre y representación de Don J.A.L.L., con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 379/2002, seguido contra la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de noviembre de 2001, que acordó sancionar a Don J.A.L.L. por la comisión de una infracción grave imponiéndole diversas sanciones. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 379/2002 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 14 de marzo de 2005, cuyo fallo dice literalmente:

«Que desestimando el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por Don J.A.L.L., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.S.A., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía de fecha 23 de mayo de 2002 debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los extremos examinados, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas».

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia prepararon las representaciones procesales de Don J.A.L.L. y de la Entidad Mercantil "U., S.A." recursos de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparados mediante providencia de fecha 6 de mayo de 2005 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, las representaciones procesales de los recurrentes comparecieron en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, con el siguiente resultado:

1º.- El Procurador Don J.S.A., en representación de Don J.A.L.L., con fecha 23 de junio de 2005, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito, con sus copias, tenga por hechas las manifestaciones que en él se contienen, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación contra la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2005, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso

núm. 379/2002, y en mérito de cuanto antecede se dicte Sentencia por la que se estimen los motivos de casación alegados y se sirva casar la referida Sentencia, dictando otra por la que se estime el recurso formulado por mi representado y en consecuencia anule la Resolución dictada por la Subsecretaría del Ministerio de Economía, de fecha 23 de mayo de 2002, dictada por Delegación del Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía, que acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 29 de noviembre de 2001».

2º.- El Procurador Don R.R.N., en representación de la Entidad Mercantil "U., S.A.", con fecha 23 de junio de 2005, presentó, asimismo, escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, tenga por hechas las manifestaciones que en él se contienen, se sirva admitirlo y tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación contra la Sentencia de fecha 14 de mayo de 2005, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, dictada en el seno del procedimiento número 379/2002, y en mérito de cuanto antecede se dicte Sentencia por la que de conformidad con el artículo 95 de la LJCA se estime el recurso formulado por mi representada al amparo del artículo 88.1 d) de la citada Ley, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia citadas en el cuerpo de este escrito y, en consecuencia, case la sentencia recurrida y anule las sanciones de suspensión en el cargo por un plazo de tres meses y amonestación pública con publicación en el Boletín Oficial del Estado impuestas a Don J.A.L.L. por resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de noviembre de 2001, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía con fecha 23 de mayo de 2002».

CUARTO.- La Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, tras oír a las partes sobre la posible causa de inadmisión del recurso interpuesto por la representación procesal de "U., S.A." por carecer la misma de legitimación al tratarse de una sentencia desestimatoria en la instancia y haberse litigado en la misma como parte codemandada, así como sobre la posible inadmisión del recurso por razón de la cuantía, dictó auto de fecha 21 de febrero de 2008, cuya parte dispositiva dice literalmente:

«LA SALA ACUERDA: declarar la inadmisión del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la sociedad mercantil "U., S.A." contra la sentencia 14 de marzo de 2005 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional, dictada en el recurso nº 379/02, resolución que se declara firme respecto a esta parte recurrente, con imposición de las costas causadas en este recurso a la misma, señalándose como cantidad máxima a reclamar por la parte recurrida en concepto de honorarios de letrado la de 600€.

Se admite a trámite el recurso de casación interpuesto contra la expresada sentencia por la representación procesal de Don J.A.L.L. y, de conformidad con las normas de reparto de asuntos, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera para la sustanciación del recurso interpuesto por esta parte».

QUINTO.- Por providencia de la Sala de 21 de abril de 2008, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la Administración del Estado) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 28 de abril de 2008, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tener por formalizado a nombre del Estado escrito de oposición al presente recurso ordinario de casación interpuesto contra la Sentencia de 14 de marzo de 2005, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (autos 379/2002); seguir el procedimiento por todos sus trámites y, en su día, dictar sentencia por la que se inadmita el recurso por no concurrir el requisito de admisibilidad establecido en el artículo 86.2.b) LJCA y, subsidiariamente, desestime el recurso confirmando dicha Sentencia y en consecuencia la resolución del Ministerio de Economía de 23 de mayo de 2002, impugnada en dichos autos; todo ello con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente».

SEXTO.- Por providencia de fecha 13 de junio de 2008, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 10 de septiembre de 2008, suspendiéndose el señalamiento por necesidades del servicio, por providencia de esa misma fecha, y señalándose nuevamente para el día 20 de enero de 2009, fecha en que tuvo lugar el acto. Siendo Ponente el Excmo. Sr. Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El presente recurso de casación que enjuiciamos se interpone contra la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2005, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don J.A.L.L. contra la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, que acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión del Mercado de Valores de 29 de noviembre de 2001, que acuerda imponer al recurrente las sanciones de multa de 1.376.205 pesetas, suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad "U., S.A." por un plazo de tres meses, y amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado, por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra x) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.2 a) del mismo texto legal.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

La Sala de instancia fundamenta el pronunciamiento de conformidad a derecho de la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno para Asuntos Económicos y Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, sustancialmente, en base a las siguientes

consideraciones jurídicas, que se refieren en los fundamentos jurídicos tercero y cuarto de la sentencia recurrida, en los siguientes términos:

«[...] El artículo 100 r) de la Ley 24/1988 calificaba de infracción grave el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la propia Ley, el cual imponía la obligación a quienes, entre otros casos por razón de su trabajo, dispusieren de datos relativos al mercado de valores, de salvaguardar dichos datos, impidiendo que pudiera hacerse un uso abusivo de ellos. Posteriormente la Ley 37/1998 en su artículo 100 x) mantiene como infracción grave la conducta, de quien vulnerase lo dispuesto en el artículo 81.2 de la propia Ley, que en su apartado a) impide la realización de operaciones mediante el uso de información privilegiada.

Efectivamente, el mencionado precepto, en la redacción dada por Ley 37/1998: «2. Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores.

Todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes:

a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a los que la información se refiere...».

Pues bien, como razona la CNMV en su resolución, en el presente caso la información relativa a la enajenación de "P.P., S.A" y la OPA reúne los requisitos para calificarla como privilegiada, en cuanto: 1.-era concreta, 2.-se refería a valores cotizados en bolsa, 3.-no se había hecho pública, 4.-podía influir en la cotización de los valores.

Efectivamente, el conocimiento concreto de las negociaciones para la enajenación de "P.P." y de que se formularía una OPA sobre acciones de una sociedad que cotiza en bolsa, aún no público y que, como ocurrió, podía influir en la cotización de las empresas afectadas, responde a los elementos antes señalados y responde a la definición contenida en el artículo 81 de las señaladas Leyes.

[...] La defensa actora se basa en que de los hechos descritos -que constituyen en esencia los considerados por la Administración para realizar la imputación-, no son base suficiente para afirmar que la operación de la recurrente es consecuencia del uso de la información privilegiada.

Es bien sabido que la prueba de indicios es admisible siempre que de los hechos declarados probados resulte como consecuencia necesaria el que se afirma cierto en base a los mismos, y sin que sea posible una explicación alternativa plausible.

Por más que la recurrente afirme que su comportamiento al adquirir y vender los valores que nos ocupan no respondieron a información de la que disponía, de la secuencia de hechos resulta todo lo contrario. Efectivamente, la actora llevaba en su calidad de Consejero Delegado directamente las negociaciones, sabía el grado de desarrollo de las mismas y las

probabilidades de éxito de la operación. Por ello, el adquirir mayor volumen de acciones después de tres años sin adquisición de las mismas, en el momento en el que se llevan a cabo negociaciones que provocan la OPA en la que el recurrente realiza los beneficios antes señalados, son indicios claros del uso en la adquisición y venta de acciones de la concreta información obtenida por el recurrente en el proceso negociador.

Debemos pues afirmar que de los hechos probados resulta la consecuencia, de forma indubitada, de que el comportamiento de la actora se debió a la información concreta obtenida en el desempeño de su cargo de Consejero Delegado.

El uso de la información privilegiada viene referido a la adquisición de acciones.

En cuanto a la intencionalidad, la actora viene obligada por el desempeño de su cargo a conocer las prohibiciones legales, entre ellas, el uso de información privilegiada, así como a adoptar las cautelas necesarias para el cumplimiento de las normas. Existe pues el elemento subjetivo en cuanto la adquisición de acciones se realizó de forma voluntaria contraviniendo una prohibición legal que el recurrente tenía obligación de conocer.

En cuanto a la graduación de la sanción se ha impuesto la multa en el primer tercio de la posible y la imposición de la suspensión y la amonestación pública se razonan en cuanto es exigible mayor diligencia a quien ocupa un cargo de responsabilidad en la sociedad afectada, como es el caso del recurrente. Tal apreciación es correcta, y por ello la graduación de la sanción se ajusta a los criterios de proporcionalidad».

TERCERO.- Sobre la inadmisibilidad del recurso de casación.

Con carácter preliminar al examen de los motivos de casación articulados por la defensa letrada de la parte recurrente, procede determinar si concurren los presupuestos establecidos en el artículo 86.2 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, para que sea posible el acceso a la casación, puesto que el Abogado del Estado postula en su escrito de oposición que el recurso debe inadmitirse porque no se cumple el requisito habilitante para el recurso ordinario de casación, relativo a la cuantía mínima exigida por la Ley, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, por ser el valor económico de cada una de las sanciones impuestas inferior al mínimo casacional de 25.000.000 pesetas (equivalente a 150.253,03 euros).

En este supuesto, siguiendo la doctrina jurisprudencial expuesta en las sentencias de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2006 (RC 10103/2003) y de 1 de julio de 2008 (RC 6917/2005), entendemos que concurre la causa de inadmisibilidad por razón de la cuantía prevista en el artículo 86.2 b) de la Ley jurisdiccional contencioso-administrativa, que, atendiendo a la naturaleza extraordinaria y al alcance limitado de esta modalidad de recurso, exceptúa del recurso de casación «*las sentencias recaídas, cualquiera que fuere la materia, en asuntos cuya cuantía no exceda de 25 millones de pesetas, excepto cuando se trate del procedimiento especial para la defensa de los derechos fundamentales*», ya que la cuantía de las sanciones impuestas al recurrente, objeto de enjuiciamiento revisor en este proceso casacional, por importe de 1.376.205 pesetas y de suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad "U., S.A." por

un plazo de tres meses, por la comisión de la infracción grave tipificada en el artículo 100 x) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, no supera notoriamente dicha *summa gravaminis*, y sin que, en consecuencia, pueda estimarse el proceso contencioso-administrativo de cuantía indeterminada, en relación con la sanción de amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado, al desprenderse que dicha sanción es menos aflictiva que la de multa, de conformidad con la graduación de las sanciones establecida en el artículo 103 del mencionado texto legal.

Cabe recordar que esta Sala ha declarado reiteradamente, bastando citar la sentencia de 7 de diciembre de 2004 (RC 3088/2002), que es irrelevante, a los efectos de la inadmisión del expresado recurso de casación, que se haya tenido por preparado el recurso por la Sala de instancia, estando habilitado este Tribunal, en el trámite de admisión del recurso, o bien, en el momento de dictar la sentencia que resuelva el recurso de casación, para rectificar fundadamente la cuantía inicialmente fijada, de oficio o a instancia de la parte recurrida, según autoriza el artículo 93.2 a) de la referida Ley matriz de esta jurisdicción, conforme se desprende de lo dispuesto en el artículo 95.1 LJCA.

Este pronunciamiento no desconoce los criterios formulados por la Sección Primera de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que, como en el Auto de 25 de enero de 2007 (RC 2562/2005), refiere que, *«en lo referente a la amonestación pública este tribunal ha venido considerando tradicionalmente que la cuantía del recurso de casación venía determinada por el importe de la sanción pecuniaria y no resulta modificada por la imposición de una sanción de amonestación cuando esta última se impone como sanción accesoria a la de multa, pues siendo accesoria de una sanción principal no puede modificar las reglas de recurribilidad (ATS 14 de julio de 1997 Rec. 1370/1997); ni tampoco cuando de la norma sancionadora se desprenda que la sanción de amonestación es más leve que la de multa (ATS de 20 de marzo de 2003 Rec. 3443/2001 y ATS 27 de enero de 2005, Rec. 8400/2002)»*.

Consideramos que el Auto de la Sección Primera de esta Sala de 21 de febrero de 2008, recaído en las presentes actuaciones, no impide la aceptación de la causa de inadmisión aducida por el Abogado del Estado en su escrito de oposición, puesto que no se produce el presupuesto de aplicación de la limitación establecida en el artículo 94.1 de la Ley jurisdiccional, ya que, admitir, en este supuesto, el recurso de casación contra la sentencia en el extremo del fallo que confirma la sanción más leve impuesta por el Consejo de la Comisión del Mercado de Valores, reputando, a estos efectos, la sanción de amonestación pública de cuantía indeterminada, resultaría incompatible con la interpretación razonable del sistema de recursos legalmente establecido y manifiestamente contradictoria con la finalidad que preside la regulación de la causa de inadmisión prevista en el artículo 86.2 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Y, en aplicación de este mismo precepto, estimamos que constituiría un precedente lesivo del principio de igualdad en el acceso al sistema de recursos legalmente establecidos impedir el acceso a la jurisdicción casacional por la revisión de las sanciones graves de multa pecuniaria y de suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad por un plazo de tres meses, y, contradictoriamente, deber considerar

indeterminada la cuantía del recurso contencioso-administrativo, en relación con la sanción de amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, apreciamos que en el recurso de casación que examinamos, en atención a la norma sancionadora aplicada -el artículo 103 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción debida a la Ley 37/1998, de 11 de noviembre, se desprende inequívocamente que la imposición de la sanción de amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado, a Don J.A.L.L, Consejero Delegado de "U., S.A.", se impone como la sanción cuya aflictividad es más reducida, estando próxima a los límites mínimos establecidos en la Ley del Mercado de Valores.

Por ello, entendemos que esta conclusión jurídica, que promueve la inadmisión del recurso de casación, no lesiona el derecho de acceso a los recursos, que se integra en el contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva consagrado en el artículo 24 de la Constitución, porque, como observa el Tribunal Constitucional en las sentencias 105/2006, de 3 de abril, 265/2006, de 11 de septiembre y 22/2007, de 12 de febrero, el derecho a la revisión de las resoluciones judiciales, dejando a salvo el ámbito del orden jurisdiccional penal, en que se garantiza el derecho a la doble instancia, es un derecho de configuración legal en el que no resulta aplicable con la misma intensidad el principio pro actione, por lo que la inadmisión de los recursos de forma motivada, en base a la aplicación de una causa legal y la interpretación de las normas procesales que las regulan, constituye una función jurisdiccional de exclusiva competencia de los Jueces y Tribunales, que sólo trasciende al plano constitucional cuando el Tribunal incurra en error patente, arbitrariedad o en manifiesta irracionalidad.

La declaración de inadmisibilidad del recurso de casación tampoco infringe el derecho a un proceso equitativo, que garantiza el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que constituye para los órganos judiciales una fuente interpretativa prevalente del derecho a la tutela judicial efectiva de conformidad con el artículo 10.2 de la Constitución, ya que no se interpreta de forma rigorista el artículo 86 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al respetarse el principio de proporcionalidad entre las limitaciones impuestas al derecho de acceso a un tribunal para que examine el recurso y las consecuencias de su aplicación. (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 9 de noviembre de 2004 [Caso Sáez Maeso contra España] y de 7 de junio de 2007 [Caso Salt Hiper contra España]), en la medida en que la causa apreciada por razón de la cuantía pertenece al orden público procesal, que no puede ser objeto de excepción o dispensa singular -privatae legis-, en contradicción con la Ley procesal contencioso-administrativa.

En consecuencia con lo razonado, el presente recurso de casación que enjuiciamos, debe ser inadmitido en aplicación de los artículos 95.1 y 93.2, apartado a), inciso segundo, en relación con lo dispuesto en el artículo 86.2 b) de la vigente Ley de esta Jurisdicción, por no ser susceptible de recurso de casación la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2005, en el recurso contencioso-administrativo número 379/2002.

CUARTO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, al inadmitirse el recurso de casación, las costas procesales causadas deben imponerse a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

Primero.- Que debemos declarar y declaramos la inadmisibilidad del recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Don J.A.L.L. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 14 de marzo de 2005, dictada en el recurso contencioso-administrativo 379/2002.

Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrentes.

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.