

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 12 DE FEBRERO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 6458/97
Ponente: D. Óscar González González
Acto impugnado: Sentencia de 5 de mayo de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a doce de Febrero de dos mil tres.

En el recurso de casación nº 6.458/1997, interpuesto por la entidad H. H. S., S.A. (antes denominada E., S.A.), representada por el procurador Don F. D. Z. C. y asistida de letrado, contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 1997, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 88/1993, sobre sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores; habiendo comparecido como parte recurrida la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-

I.- El 7 de septiembre de 1990 el Ministerio de Economía y Hacienda dictó resolución por la que se impone a E., S.A. una multa de 99.714.385 pesetas por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el apartado s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Para adoptar esta resolución se basó en los siguientes hechos:

a) En el transcurso de la Oferta de Venta Pública de acciones que REPSOL S.A. llevó a efecto durante los meses de abril a mayo de 1989, E., S.A. canalizó las peticiones de suscripción de 227 inversores, todos ellos personas físicas, por 117.646 acciones. El número de títulos definitivamente adjudicado, después de la aplicación de las reglas de prorrateo, fue de 44.784, por un importe efectivo de 76.132.800 pesetas.

b) Los títulos fueron adjudicados al cambio de 340%, es decir, a 1.700 pesetas por acción, precio fijado por REPSOL S.A. para la Oferta Pública de Venta de sus acciones.

c) E., S.A. no se hallaba en posesión de las correspondientes órdenes de suscripción justificativas de la voluntad de suscribir de los 227 inversores, personas físicas. Tampoco existió provisión de fondos alguna, correspondiente a los títulos demandados, ni en última instancia a los títulos adjudicados, entre las 227 personas físicas, teóricos suscriptores y E., S.A.

d) Con fecha 9 de mayo de 1989 E., S.A. ordena al Agente de Cambio y Bolsa, Don A. C. T. la enajenación por aplicación al tipo de cambio de suscripción, el 340 %, de los 44.784 títulos, cuyas pólizas constaban a nombre de los 227 suscriptores originales, siendo el único comprador de todos los títulos la propia E., S.A.

e) En el momento de producirse la aplicación señalada E., S.A. no contaba con las correspondientes órdenes de venta justificativas de la voluntad de vender de los originarios

suscriptores; tampoco existió movimiento alguno de fondos entre E., S.A. y los supuestos enajenantes.

f) En los días posteriores a la aplicación, E., S.A. procedió a la enajenación de los 44.784 títulos por un valor total de 93.733.165 pesetas (5.963 acciones al 410%, 52 al 340%, 381 al 423% y 38.388 al 420%), con lo que obtuvo en el conjunto de la operación, por la enajenación de los títulos en el mercado a un precio superior al de la oferta pública de venta, un beneficio bruto de 17.600.365 pesetas, a lo que hay que añadir, por su intervención en la colocación de las citadas acciones, comisiones que ascendieron a 2.342.512 pesetas.

II.- Para justificar su conducta la entidad recurrente alega los siguientes hechos:

a) Con motivo de la oferta pública de venta de acciones de REPSOL S.A., recibió de una sociedad suiza, T., A.G., una petición de adquisición de 117.646 acciones para 227 suscriptores, personas físicas, con su listado de nombres, domicilios y D.N.I.

b) E., S.A. acogió la petición al facilitarle la distribución en el tramo minorista, y exigió a T., A.G. que el pago debía realizarlo no más tarde del día 10 de mayo de 1989.

c) El día 9 de mayo de 1989, a las 19:00 horas de la tarde se comunica por REPSOL S.A. el resultado del prorrateo en el tramo de minoristas, correspondiendo a T., A.G. 44.784 acciones por un importe de 76.132.800 pesetas.

d) Como T., A.G. no paga en el plazo convenido E., S.A. paga a REPSOL S.A. dicho importe, y al entender inviable exigir el pago a los 227 suscriptores, considera que la operación con la entidad suiza no se había perfeccionado al no haberle enviado el dinero y decide liquidar la operación con el menor riesgo posible por su parte, dando así orden al Agente de Cambio y Bolsa, Don A. C. T., para que hiciese una aplicación de los 44.784 títulos, que se vendieron los días 11, 15 y 16 de mayo de 1989.

SEGUNDO.- Contra la citada Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1990, por la que se impuso a E., S.A. una sanción de multa de 99.714.385 pesetas, se interpuso recurso de reposición que fue desestimado por otra Orden del mismo Ministerio de 12 de febrero de 1991; las cuales fueron a su vez recurridas ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) que dictó sentencia desestimando el recurso promovido por aquella entidad.

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, por la entidad H. H. S., S.A. (antes denominada E., S.A.) se presentó escrito preparando recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 4 de julio de 1997, al tiempo que ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

CUARTO.- Emplazadas las partes, la recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 17 de septiembre de 1997 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso los siguientes motivos de casación:

1) Al amparo del apartado 3º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas sobre motivación de las sentencias (arts. 24 y 120.3 de la Constitución y art. 248.3 de la LOPJ), en relación con las reguladoras de la congruencia (arts. 80 y 43.1 LJ y 359 LEC), interpretadas por la jurisprudencia.

2) Al amparo del artículo 95.1.3 de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los actos y garantías procesales generadores de indefensión (arts. 24 CE y 238.3 de la LOPJ).

3) Al amparo del apartado 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de la sentencia impugnada del artículo 9.3 de la Constitución Española en relación con el artículo 1.214 del Código Civil y 5.1 de la LOPJ.

4) Al amparo del artículo 95.1.4 de la Ley Jurisdiccional, en cuanto la sentencia incurre en infracción del artículo 135.2º de la LPA, en relación con el artículo 24 de la CE.

5) Amparado en el artículo 95.1.4 de la Ley de esta Jurisdicción, infracción de los artículos 99 y 102 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Terminando por suplicar sentencia por la que, casando la recurrida, se resuelva en los términos expuestos en el suplico de la demanda presentada ante el Tribunal de instancia.

QUINTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 17 de diciembre de 1997, ordenándose por otra de fecha 28 de enero de 1998 entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (ADMINISTRACION DEL ESTADO), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso; lo que hizo mediante escrito de fecha 18 de febrero de 1998, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que, con desestimación del recurso, se confirme la que en el mismo se impugna y se imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en el artículo 102.3 LJCA.

SEXTO.- Por providencia de fecha 20 de noviembre de 2002, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 5 de febrero del corriente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. OSCAR GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de esta casación la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en virtud de la cual se desestimó el recurso formulado por la entidad E., S.A. contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda que le impuso una multa de 99.714.385 pesetas por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el apartado s) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores: *“realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos”*.

Hay que tener en cuenta que el acto ya fue objeto de recurso por los trámites del proceso de protección de los derechos fundamentales, recurso que fue desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 13 de abril de 1991, confirmada en apelación por la de esta Sala de fecha 17 de noviembre de 1993, cuyos fundamentos se dan por reproducidos en este momento.

SEGUNDO.- Aduce la recurrente que se ha incurrido por la Sala de instancia en infracción de las normas que regulan la motivación en relación con la congruencia. Entiende que existe absoluta falta de motivación con referencia al principio de presunción de inocencia y de contradicción en la práctica de la prueba ante la Administración, al no contener ningún argumento que justifique la inaplicación de dicha presunción y la no intervención de la recurrente en dichas pruebas, máxime cuando la relación de hechos probados ha sido negada por ella.

Al margen de que las conclusiones obtenidas por la sentencia sean o no acertadas, se puede observar, relacionando sus distintos fundamentos jurídicos, que se hace un estudio amplio de las facultades inspectoras de la Administración (FJ 4º), de la inexistencia de la nulidad que se achaca a la valoración que por la Administración se ha hecho de la prueba practicada en el expediente (FJ 5º), de la necesidad de que se destruya por el expedientado esa prueba (FJ. 5º), para terminar afirmando (FJ 6º *in fine*) que *“de la relación de hechos, no impugnados ni negados por la actora, que contiene la resolución de 7 de septiembre de 1990 resulta que se ha practicado prueba suficiente para considerar desvirtuada la presunción de inocencia de la recurrente”*.

El motivo, por tanto, debe rechazarse, pues se contesta explícita o implícitamente a las cuestiones planteadas, no siendo exigible para entender cumplido el requisito de motivación que se de respuesta expresa a todos los argumentos esgrimidos por las partes si de lo razonado puede extraerse cuál ha sido el hilo conductor que lleva al fallo, no produciéndose incongruencia cuando tácitamente, como es el caso, se responde a todas las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- El apartado 3º del artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional está previsto para denunciar irregularidades en la tramitación del proceso jurisdiccional seguido ante la Sala de instancia, no para las infracciones cometidas en la sustanciación del procedimiento administrativo, las cuales deben articularse a través del motivo 4º del artículo 95.1. Por eso debe inadmitirse el motivo segundo invocado en el escrito de interposición del recurso de casación, pues lo que se hace en él es alegar que las actuaciones del expediente se llevaron a cabo sin Secretario y sin dar intervención al expedientado en las pruebas practicadas por la Administración. La propia jurisprudencia que cita se refiere a infracciones cometidas en los procesos judiciales, por lo que debió ser esgrimida a través del apartado 4º y no el 3º.

CUARTO.- En el siguiente motivo se pone en relación la arbitrariedad con la vulneración de los preceptos que regulan la carga de la prueba, y con la valoración que se ha hecho de las pruebas practicadas.

A este respecto debe señalarse que la actuación de la Administración en orden a recabar información e inspección con el fin de esclarecer los hechos tiene su respaldo en el artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores conforme al cual:

<<La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá recabar de las personas físicas y jurídicas enumeradas en el artículo 84 cuantas informaciones estime necesarias sobre los extremos que interese relacionados con las materias objeto de esta Ley. Con el fin de allegar dichas informaciones o de confirmar su veracidad, la Comisión podrá realizar cuantas inspecciones considere necesarias. Las personas físicas y jurídicas comprendidas en este párrafo quedan obligadas a poner a disposición de la Comisión cuantos libros, registros y documentos ésta considere precisos.

La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá establecer, asimismo, la obligación de que por dichas personas se haga pública la información que estime pertinente sobre sus actividades relacionadas con el mercado de valores.>>

En el caso concreto que se examina, su actuación se dirigió a comprobar la veracidad de los datos que E., S.A. aportó con fecha 17 de noviembre de 1989 en contestación al requerimiento que la Comisión Nacional del Mercado de Valores le hizo el 14 de noviembre anterior, como trámite previo a la incoación del expediente sancionador que tuvo lugar el 14 de diciembre de 1989.

Con esta finalidad se procedió, en primer lugar, a corroborar la participación de los 227 inversores que aparecían en las listas presentadas obteniéndose como resultado que las cartas que se le enviaron a los domicilios reseñados en ellas fueron devueltas casi en su totalidad por ser sus destinatarios desconocidos, al propio tiempo que se acreditó que los DNI que figuraban en dichas listas no se correspondían con los nombres de personas que en ella se daban, según informe de la Dirección General de la Policía. En segundo término, se trató de verificar la autenticidad de la correspondencia que E., S.A. había mantenido con T., A.G., para lo cual se trasladaron a ZURICH el Director de la División de Inspección de la CNMV y dos Inspectores e interrogaron a Don K. B., Consejero de dicha entidad, único que

tiene poder de firma individual legalmente válido, conforme a la inscripción del Registro Mercantil de la localidad, el cual negó la existencia de las órdenes de suscripción, de la correspondencia que presentó E., S.A., de la elaboración de las listas de suscriptores, de la existencia en el momento del envío de oficinas de T., A.G. en el lugar de origen y destino de la correspondencia, o de cualquier transferencia bancaria, o del envío por persona autorizada de cualquier certificación. Tomando como base el resultado de la anterior actuación se formula pliego de cargos, poniéndose de manifiesto lo actuado a la entidad expedientada el 24 de mayo de 1990, que toma razón de ello y formula pliego de descargo, en el que propone prueba que se practica.

De lo expuesto se deduce, en primer lugar, que no ha sido arbitraria la actuación administrativa, ni su ulterior control judicial, puesto que la Administración ha desarrollado las potestades inspectoras que tiene encomendadas para comprobar la realidad de unos hechos relacionados con sus competencias. En segundo término, las conclusiones obtenidas por la Administración tampoco son arbitrarias, teniendo en cuenta el resultado de estas investigaciones que, como se desprende de lo narrado anteriormente, entran dentro de lo que puede considerarse de acuerdo con las reglas del criterio humano. En tercer lugar, no hay inversión de la carga de la prueba, pues partiendo de unos datos obtenidos de la realidad, se formula el pliego de cargos y se da la oportunidad al interesado para que los destruya, pudiendo éste haber pedido la repetición de las pruebas practicadas en la fase de información, pese a lo cual no lo propuso. Ya en fase procesal, hay que añadir que, aparte la razonabilidad de las consecuencias obtenidas por el Tribunal *a quo*, su valoración no puede ser discutida en casación, al no existir en este recurso como motivo de impugnación el error en la valoración de la prueba.

Por último, como señala el Tribunal Constitucional en sentencias números 14/1997 y 169/1998, las actas en las que los funcionarios competentes consignan los hechos que observan en el transcurso de sus indagaciones y comprobaciones, tienen un valor que va más allá de la denuncia y gozan de valor probatorio, con la posibilidad de destruir la presunción de inocencia de la que goza todo ciudadano. Y, aunque añade que *"En vía judicial, las actas (...) incorporadas a1 expediente sancionador no gozan de mayor relevancia que los demás medios de prueba admitidos en Derecho y, por ello, ni han de prevalecer necesariamente frente a otras pruebas que conduzcan a conclusiones distintas, ni pueden impedir que el Juez del contencioso forme su convicción sobre la base de una valoración o apreciación razonada de las pruebas practicadas (SSTC 76/1990 y 14/1997)"*, lo cierto es que en el presente caso, se instruye un expediente sancionador basándose en las actas, teniendo la recurrente ocasión de defenderse y de hacer las alegaciones que consideró oportunas. Sin embargo, no pudo desvirtuar, a juicio del instructor, las pruebas aportadas en esta fase administrativa. Posteriormente, recurrió en sede jurisdiccional y tuvo de nuevo oportunidad de aportar las pruebas que consideró convenientes, pero, pese a ello, el Tribunal en el ejercicio de su libre apreciación con arreglo a los criterios de la sana crítica dio preferencia a las referidas actas y esta valoración que, como se dijo no es arbitraria, debe prevalecer frente a la más interesada del recurrente, que pretende que se apoye en la que le es más favorable.

QUINTO.- Se dice a continuación que el pliego de cargo adolece de dos defectos: a) no se determinan concretamente qué hechos del pliego de cargo se imputan como constitutivos de las supuestas infracciones que puedan ser calificadas como falta, y b) no se cita la falta cometida ni en qué tipo está encuadrada.

En relación con el primer punto, el pliego de cargo es lo suficientemente explícito en cuanto a los hechos para que no haya duda sobre qué recae la acusación. La conducta infractora aparece claramente definida en los cuatro primeros apartados del pliego: Simular la canalización de peticiones de suscripción de acciones a través de inversores inexistentes con el fin de adjudicárselas directamente, para posteriormente venderlas en el mercado a1 inversor real.

En relación con el segundo punto, esta Sala -en interpretación de las normas pertinentes de la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, en concreto su artículo 137.1, así como de la Sentencia del Tribunal Constitucional 29/1989, de 6 de febrero- ha declarado que (SSTS de 30 de julio de 1997, 7 de abril, 15 y 27 de septiembre y 20 de diciembre de 1999, 9 de octubre de 2000 y 16 de noviembre de 2001, entre otras): *"el derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquella se liga en el caso de que se trata. Excepcionalmente, aquel trámite podrá dejar de ser imprescindible, desde la óptica de la plena satisfacción del derecho fundamental citado, si en un trámite anterior se notificó aquel pronunciamiento preciso"*.

Pues bien, aunque es cierto que el pliego de cargos no contiene la calificación jurídica de los hechos, la propuesta de resolución es suficientemente explícita al respecto. En efecto, en relación con la tipificación de la infracción señala que:

<<CONSIDERANDO que la práctica realizada le permite a E., S.A. obtener, soslayando las condiciones de colocación establecidas por el emisor, el acceso a la suscripción de unas acciones que pertenecían al tramo nacional, y que de otro modo hubiera sido menos probable conseguir de haberlos solicitado a su nombre, por cuanto dada su condición de intermediario financiero, además de asegurador y colocador en el tramo minorista pudiera haber dado lugar a la denegación por parte de REPSOL a sus pretensiones.

[...] CONSIDERANDO que el conjunto de pruebas practicadas dejan además claramente demostrado que la voluntad declarada por E., S.A. (atender una orden de suscripción), discrepaba de su voluntad interna (acceder a la suscripción propia de las acciones REPSOL) [...].

CONSIDERANDO que esta práctica debe calificarse como interposición ficticia de suscriptores entre REPSOL y la propia E., S.A. auténtica destinataria de los títulos contenidos en las órdenes, y que la interposición deliberada de suscriptores puede y debe ser calificada como acto fraudulento

en la medida en que va dirigida a producir un fraude (desvirtuar las condiciones establecidas por el emisor mediante engaño).

CONSIDERANDO que la práctica descrita no ha podido ser realizada en forma culposa, es decir, por mera negligencia o ausencia de conocimiento, sino a través de una decisión deliberada de E., S.A., consistente en la utilización de un mecanismo (interposición de personas) para conseguir el resultado deseado (transacciones deseadas).

CONSIDERANDO que puede estimarse que el resultado perseguido con la realización de los actos y la utilización de las personas a que se acaba de hacer referencia sea un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, en cuanto que la letra n) del propio artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores califica como infracción muy grave “la colocación de la emisión sin atenerse a las condiciones básicas previamente establecidas”, estando entre estas condiciones básicas las relativas a la elección del colectivo de potenciales suscriptores (como lo demuestra su mención expresa en el artículo 29 de dicha Ley). Ello es así dado que, si bien es cierto que la letra n) citada parece referirse al emisor, no ostentando la entidad expedientada tal condición, lo cierto es que fue E., S.A. quien provocó mediante su comportamiento el incumplimiento de dichas condiciones, por lo que su conducta debe ser, asimismo, sancionada como resultado de la genérica remisión a las personas físicas o jurídicas a que se refiere el artículo 95 de la Ley del Mercado de Valores con que comienza su artículo 99.

[...] CONSIDERANDO que, con la interposición de personas, E., S.A. buscó mediante dos negocios simulados (transferencia de REPSOL a suscriptores interpuestos y de éstos a un adjudicatario final), ocultar un negocio disimulado y querido (suscripción de títulos de REPSOL por ella misma), para que los efectos que aparecieran al exterior se creyeran procedentes de aquéllos y no de éste.

CONSIDERANDO que, por lo ya aportado, resulta claro que la actividad desarrollada por E., S.A. es constitutiva de la conducta comprendida en el último inciso de la letra s) del artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores, es decir “la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de la transferencia de la titularidad de los mismos”, al provocarse por E., S.A. una serie de transferencias tan sólo aparentes, en realidad inexistentes, al no existir según queda suficientemente demostrado, los suscriptores.

CONSIDERANDO que, a diferencia de lo que ocurre con la conducta contemplada en las primeras líneas de la letra s) del artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores, que esta matizada por la calificación que sea de aplicación al resultado perseguido, tal circunstancia no se da respecto de la comprendida en su último inciso que se refiere a la pura intervención o realización de transferencias simuladas.

CONSIDERANDO que, por todo ello la conducta tipificada en el mencionado artículo 99 apartado s) coincide en su tenor literal y en su espíritu con la práctica utilizada en la colocación de acciones de REPSOL por parte de la entidad expedientada, toda vez que se ha producido una interposición de personas (teóricos suscriptores) con intención fraudulenta provocando, de este modo, el incumplimiento directo y material (no imputable al emisor) de las condiciones de colocación.

CONSIDERANDO que, la práctica realizada por E., S.A. coincide, asimismo, con el tenor literal y con el espíritu del inciso segundo del apartado s) del artículo 99 antes mencionado, toda vez que se produce una simulación de transferencias creando una apariencia de titularidad.

CONSIDERANDO que la actuación global diseñada y realizada por E., S.A. lesiona el bien jurídico protegido en el citado apartado s) del artículo 99 en cuanto que trata de ocultar lo que en realidad es una suscripción directa de títulos por parte de ella misma, bajo la apariencia de una suscripción por parte de personas inexistentes y posterior venta al inversor real, ordenada por ella misma, determina por lo tanto la aplicación de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 24/1988, de 28 de julio.>>

Respecto de la sanción razona que:

<<CONSIDERANDO que, con arreglo a1 artículo 102 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, por la comisión de infracciones muy graves se puede imponer a1 infractor una de las siguientes sanciones:

a) Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta el 5 por 100 de los recursos propios si se trata de una entidad o hasta cinco millones de pesetas en otro caso.

b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor, en el Mercado de Valores durante un plazo no superior a cinco años.

c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario oficial correspondiente por un plazo no superior a cinco años.

d) Revocación de la autorización cuando se trate de Sociedades o Agencias de Valores o de Sociedades Gestoras de Carteras.

CONSIDERANDO que, en orden a la determinación de la concreta sanción a imponer, entre las comprendidas en el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, ha de tenerse en cuenta, por un lado, que no todas las sanciones previstas son aplicables o se adaptan al caso y, por otro, los criterios de graduación relacionados en el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, a1 que se remite el artículo 98 de aquella.

CONSIDERANDO que, teniendo en cuenta el primer criterio, las posibles sanciones quedan reducidas a dos, las recogidas en los apartados a) y b) de dicho artículo 102. No obstante, resulta más adecuada a las circunstancias del caso, la imposición de la sanción pecuniaria contemplada en el apartado a), toda vez que la indicada en el apartado b) aparece como más grave en el régimen sancionador de la Ley del Mercado de Valores, y pensada fundamentalmente para infracciones de relevantes consecuencias para el sistema financiero, o que resulten cometidas con reiteración por el infractor.

CONSIDERANDO que, siendo la sanción aplicable, la del apartado a) del artículo 102, dentro de los parámetros contenidos en el mencionado artículo, a efectos de graduar la sanción económica, debe prevalecer el del beneficio bruto obtenido en la operación, ya que, la utilización del relativo a los recursos propios sólo procede cuando no conste dicho beneficio.

CONSIDERANDO que, el total importe de las comisiones de colocación ascendieron a 2.342.512 ptas. (DOS MILLONES TRESCIENTAS CUARENTA Y DOS MIL QUINIENTAS DOCE PESETAS), y que como consecuencia de la operación descrita, E., S.A. obtuvo, asimismo, un beneficio de 17.600.365 ptas. (DIECISIETE MILLONES SEISCIENTAS MIL TRESCIENTAS SESENTA Y CINCO PESETAS), el beneficio bruto total obtenido en la operación debe cifrarse en 19.942.877 ptas. (DIECINUEVE MILLONES NOVECIENTAS CUARENTA Y DOS MIL OCHOCIENTAS SETENTA Y SIETE PESETAS).

CONSIDERANDO que al aplicarse el criterio del beneficio bruto obtenido, la sanción económica puede oscilar entre el tanto y el quíntuplo de esta cantidad, según lo dispuesto en la letra a) del mencionado artículo 102.

CONSIDERANDO que, el artículo 25 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito señala como uno de los criterios para graduar la sanción el de la naturaleza y entidad de la infracción cometida, es por lo que dada la importancia y repercusión de los hechos, el grado de voluntariedad en ellos apreciable, habiendo desvirtuado de forma voluntaria la realidad a través de la interposición de un intermediario extranjero como factor de la misma, el perjuicio causado a los inversores que vieron reducido el volumen de su adquisición en la Oferta Pública de Venta de acciones REPSOL S.A. y la no aplicación en este caso de otras sanciones de mayor gravedad, según el sistema previsto en el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, corresponde imponer la citada sanción en su grado máximo.>>

De la propuesta se dio traslado a la entidad expedientada que tuvo oportunidad de contestarla, como efectivamente así lo hizo. Por lo tanto la infracción meramente formal cometida en el pliego de cargos no ha producido indefensión, debiendo, consecuentemente, desestimarse el presente motivo.

A idéntica conclusión se ha llegado por esta Sala en la sentencia de fecha 17 de noviembre de 1993, desestimatoria de la apelación formulada contra otra de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 1991, ya mencionada. En ella se dijo que: <<Desde una perspectiva sustancial de posible defensa, cual corresponde a1 derecho fundamental cuestionado, nada impide que el trámite se desglose en dos momentos: uno, de pura imputación de hechos, y otro, de calificación de los mismos, cuando en cada momento el imputado tiene la posibilidad de alegaciones en contrario. Ciertamente no puede negarse que se facilita la defensa, cuando desde el pliego de cargos se hace ya una determinada calificación jurídica. En tal sentido el reciente R.D. 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, Art. 13, supone una mejora apreciable del régimen preexistente. Pero el que la defensa pueda ser mejor con tal calificación inicial, no implica que no sea posible sin ella, que es lo que cuenta desde la perspectiva del derecho fundamental del Art. 24.1 C.E. >>.

SEXTO.- En último lugar, y con carácter subsidiario, se aduce infracción del principio de proporcionalidad. Entiende que: a) es insignificante el perjuicio padecido por los inversores que acudieron a la oferta pública; b) no justifica la aplicación de la multa en su grado máximo el que no se impongan las otras sanciones previstas en el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, porque ello llevaría a que siempre que se acudiere a la multa lo sería en ese grado, máxime si en el caso presente no se podía imponer otra sanción de las previstas por no pertenecer la entidad sancionada a clase alguna del mercado de valores; c) el tope máximo previsto en ese artículo es de cinco millones de pesetas; d) no puede apreciarse como circunstancia agravante la voluntad de realizarla al ser elemento constitutivo del tipo; y e) la imposibilidad de realizar una comprobación de todas las órdenes de compra que se reciben dada la rapidez y agilidad que requieren los mercados de valores.

Tipificada la infracción como muy grave, la Administración tenía pocas posibilidades para imponer una sanción distinta a la que realmente impuso. En efecto, de las cuatro posibilidades que ofrece el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, sólo se podía acudir a las dos primeras -multa o suspensión del tipo o volumen de operaciones en el Mercado de Valores-, pues las restantes se refieren a entidades que actúen como miembros del mercado secundarios o se trate de sociedades o agencias de valores o de gestión de cartera, de cuyas condiciones carece la recurrente. La Administración optó por la multa al considerar más grave la suspensión y este punto no se discute. Pues bien, dentro de la multa la Ley establece para la fijación un orden reglado que no puede ser alterado por la Administración, ya que los criterios alternativos de hasta un 5% de los recursos propios si se trata de una entidad o hasta cinco millones de pesetas si no se trata de una entidad, únicamente serán aplicables si no es posible acudir al derivado del beneficio bruto obtenido. En este caso hubo beneficio bruto, por lo que la sanción debía oscilar entre el tanto y el quíntuplo de dicho beneficio. Si éste fue de 19.942.877 pesetas la multa de 99.714.385 pesetas representa el quíntuplo, es decir, el grado máximo de la sanción.

La sentencia ha considerado adecuada la aplicación por el acto recurrido de los criterios del artículo 25 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, para llegar a ese grado máximo y esto no se desvirtúa en el motivo de casación. En efecto: a) el número de acciones que se ha sustraído de la Oferta Pública -44.784- a los inversores es importante; b) no se trata de la existencia de voluntariedad, sino del grado de ésta el que tiene en cuenta el precepto para graduar la sanción, y no hay duda de que las operaciones realizadas para llevar a efecto la infracción la revelan en grado sumo; y c) la maquinación realizada tal cual se recoge en el acto impugnado, no responde a dificultades de control del mercado derivadas de su rapidez o agilidad, sino de la propia intencionalidad del recurrente, que la diseñó para producir el resultado apetecido.

SÉPTIMO.- Al no estimarse los motivos de casación invocados, procede, de conformidad con el artículo 102.3 de la Ley Jurisdiccional de 1956, declarar no haber lugar al recurso con imposición de las costas al recurrente.

En atención a todo lo expuesto, en nombre de Su Majestad EL REY,

FALLAMOS

Que declaramos no haber lugar y, por lo tanto, DESESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 6.458/1997, interpuesto por la entidad H. H. S., S.A. (antes denominada E., S.A.) contra la sentencia de fecha 5 de mayo de 1997, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 88/1993; con condena a la parte actora en las costas del mismo.

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 firmarnos.