

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 119/97
Ponente: D. Oscar González González
Acto impugnado: Sentencia de 11 de octubre de 1996, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a trece de noviembre de dos mil dos.

En el recurso de casación nº 119/1997, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada y dirigida por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 11 de octubre de 1996, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 541/1994, sobre sanción de multa por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; habiendo comparecido como parte recurrida la entidad A.F., A. V. B., S.A., representada por el procurador Don J.G. S. y asistida de letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso administrativo ante referido, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Sexta) dictó sentencia estimando parcialmente el recurso promovido por A.F., A.V.B., S.A. contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 14 de Marzo de 1994, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se le impuso una sanción de multa de 20.640.000 pesetas, reduciéndola en su cuantía a 9.533.760 pesetas.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO se presentó escrito preparado recurso de casación, el cual fue tenido por preparado en providencia de la Sala de instancia de fecha 3 de Diciembre de 1996, al tiempo que ordenó las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la Administración recurrente compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo, y formuló en fecha 5 de Febrero de 1997 el escrito de interposición del recurso de casación, en el cual expuso, al amparo del apartado 4º del artículo 95.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, los siguientes motivos de casación:

- 1) Vulneración del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en relación con los artículos 43 y 80 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.
- 2) Infracción, por interpretación errónea, del artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores.
- 3) Infracción de la jurisprudencia aplicable para resolver la cuestión planteada, entre otras, sentencias del Tribunal Supremo de fechas 31 de Octubre y 9 de Diciembre de 1977, 26 de Abril de 1978, 4 de Diciembre de 1979, etc.
- 4) Vulneración del artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores.
- 5) Infracción de los precedentes jurisprudenciales que interpretan el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores, entre otras, sentencias de fechas 21 de Febrero de 1992, 17

de Diciembre de 1986, 25 de Octubre de 1992, 14 de Noviembre de 1991 y de 16 de Mayo de 1983, y autos de fechas 8 de Junio de 1983 y 10 de Noviembre de 1987.

Terminando por suplicar sentencia por la que, estimando el recurso de casación, se case, anule y revoque la recurrida, restableciendo en la integridad de su contenido y efectos jurídicos la resolución administrativa que la misma dejó en la parte correspondiente a la cuantía de la sanción impuesta.

CUARTO.- El recurso de casación fue admitido por providencia de la Sala de fecha 28 de Febrero de 1997, en la cual se ordenó también entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (A.F., A. V. B., S.A.), a fin de que en el plazo de treinta días pudiera oponerse al recurso; lo que hizo mediante escrito de fecha 19 de Mayo de 1997, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y solicitó se dictara sentencia por la que se desestime el recurso interpuesto de contrario y se confirme la resolución impugnada en todas sus partes.

QUINTO.- Por providencia de fecha 17 de Septiembre de 2002, se señaló para la votación y fallo de este recurso de casación el día 6 de Noviembre del corriente, en que tuvo lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. ÓSCAR 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 estimó parcialmente el recurso interpuesto por la entidad A.F., A. V. B., S.A., contra la Orden de Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de Marzo de 1994, que le impuso la sanción de multa de 20.640.000 pesetas por la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra t) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 29 de Julio, del Mercado de Valores –“*negativa o resistencia a la actuación inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por parte de las personas físicas o jurídicas a las que se refiere el artículo 84 de la Ley, siempre que medie requerimiento expreso y por escrito al respecto*”.

El Tribunal de instancia consideró probado el hecho infractor. Así lo expresa en el fundamento jurídico cuarto: <<*La Administración prueba su actuación correcta, y se refiere que existió una actitud de resistencia consistente tanto en no suministrar la información de forma exacta, de manera que parte de su contenido resultó no veraz una vez que fue objeto de contrastación posterior, como en una actitud no diligente de colaboración cuando así se requirió que dificultó el conocimiento de las circunstancias que rodearon la operativa investigada. Y divide para su estudio posterior la información suministrada en tres grandes grupos: información relativa a las operaciones de Don F.O.M., información relativa al volumen intermedio en Octubre de 1989 e información relativa a la identificación y operaciones de Doña C.A.L., Don C. y Doña P.G.A., y las entidades R. S.A. y D. S.A. demostrando documentalmente las inexactitudes destacadas y finalizando sus cargos con la consideración que destacamos literalmente de que “el elemento intencional no plantea ulteriores cuestiones,*

dado que el proceso de resistencia a la actuación inspectora descrito no pudo haberse desarrollado de modo fortuito, en cuanto que se consumó a lo largo de un proceso temporal de duración superior a un año y exigió una voluntad inequívoca dirigida a resistir la actuación de la inspección, tanto no suministrando la información de forma veraz, como no colaborando de forma abierta y activa al esclarecimiento de determinados hechos investigados, sobre los que la entidad tuvo que manifestarse suministrando información". Debe aquí tenerse en cuenta que la entidad manifestó en sus alegaciones que no se había beneficiado de la infracción cometida. Conviene señalar a este respecto que la investigación realizada puso de manifiesto la existencia de información privilegiada con la que se realizaron las transacciones de A.SA, y en cuyo uso se vio involucrado tanto el propio Director General de la entidad como algunos de los clientes de AFF que lo habían sido de los despachos de los dos Agentes de Bolsa que participaron inicialmente en AFF, tal y como declaró Don J.M.A. en la diligencia de Declaración practicada en las dependencias de la Comisión Nacional el 4 de Junio de 1992.>>

Sin embargo rebajó la multa a la suma de 9.533.760 pesetas, para lo que se basó en que: <<Cuestión distinta es la planteada por la recurrente en su escrito de conclusiones en su apartado cuarto sobre la incorrecta aplicación del criterio de los recursos propios establecido en el Art. 102 a) LMV, porque si la ley no distingue no debe distinguirse y debe seguirse en la aplicación del Derecho sancionador al principio PRO REO de la interpretación más beneficiosa y, por tanto, apareciendo probado por certificación del Director de la División de Sujetos del Mercado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: "que a 31 de diciembre de 1991 los recursos propios computables de la entidad AFFF S. V. B., S.A. (ahora denominada AF A. V. B., S.A.) comunicados a esta Comisión conforme a la Circular 6/1990, de 28 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre coeficientes de solvencia y de liquidez de Sociedades y Agencias de Valores, ascendían a 1.032 millones. Que dicho importe comunicado a esta Comisión Nacional conforme a la Circular 6/1992, de 30 de Diciembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre exigencias de recursos propios de sociedades y Agencias de Valores y sus grupos consolidables (que deroga parcialmente la Circular 6/1990 antes mencionada) ascendía a 31 de Diciembre de 1993 a 481 millones", esta última debe ser la cantidad determinante de la sanción por lo que realizada una simple operación matemáticas, queda reducida la sanción a 9.533.760 pesetas.>> (F.J.7º).

Contra esta sentencia no recurre la entidad sancionada, pero si lo hace el Abogado del Estado con base en los motivos que han quedado transcritos en los antecedentes.

SEGUNDO.- En el motivo primero de su escrito el Abogado del Estado aduce incongruencia de la sentencia por haberse pronunciado sobre una cuestión –la rebaja de la multa-, que no había sido planteada en la demanda, con lo que, a su juicio, se infringe los artículos 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, 43 y 80 de la Ley Jurisdiccional, y jurisprudencia que cita.

A parte de su inadmisión por defectuosa formulación, pues este motivo debió incardinarse en el apartado 3º -quebrantamiento de las normas reguladoras de la sentencia-, y no el 4º, como se ha hecho, también es rechazable la sentencia no incurrir en incongruencia, desde el momento en que el escrito de demanda se ha esgrimido como motivo de impugnación la violación del principio de proporcionalidad, y ha sido contestado por la parte demandada. En efecto, se dice en la demanda (página 27 y 28):

<<Debe añadirse que, justamente esa valoración gravemente inexacta de los hechos, ha desembocado en la imposición de una sanción que vulnera, claramente el principio de proporcionalidad. Se ha optado, dentro de la discrecionalidad que el Art. 102.a) LMV atribuye a la Administración, por imponer la sanción en su grado máximo “dada la especial diligencia que se espera de las entidades en régimen de supervisión especial”. Entiende esta parte que una correcta determinación y valoración de los hechos conduce a una conclusión muy distinta, tal como ha quedado de manifiesto en las presentes alegaciones. Por otra parte y dentro de la sanción propuesta en función de los recursos propios de la entidad, se ha optado por tomar como base los recursos propios a 31 de Diciembre de 1991, sin explicación alguna del criterio seguido para fijar esta fecha, que no se corresponde ni con la fecha de los hechos imputados –que se describen como una infracción continuada que llega hasta 1993-, ni con la fecha de incoación del expediente sancionador. De nuevo, por tanto, se infringe el principio de proporcionalidad –junto con el de irretroactividad-, al elegir arbitrariamente una fecha anterior que supone para la entidad un resultado más gravoso que el que se desprendería de cualquiera de los dos criterios señalados, habida cuenta de que los recursos propios de AF en 1991 eran muy superiores a los de 1993>>.

Por otra parte, la reducción de la sanción de multa es una pretensión que está implícita en las más amplia de nulidad total, por lo que no puede determinar incongruencia si el demandado ha tenido oportunidad de conocer los presupuesto determinantes de la rebaja, esgrimidos tanto en la demanda como en las comunicaciones, y los ha podido rebatir, como efectivamente ha hecho en a contestación (folio 22) *<<Por otra parte debemos señalar que la insinuación adversa de que cabría computar los fondos propios de la entidad del momento en que se sanciona, en vez de aquél otro en que cometió la infracción, no encaja con los criterios interpretadores de las normas que establece el artículo 3.1 del Código Civil. Violenta la interpretación lógica, porque la sanción deriva de la infracción y no del expediente sancionador, que es un puro instrumento. Violenta también la interpretación lógica y sistemática, si pensamos que otra sanción alternativa prevista en la Ley, para los casos en que la infracción sea productora de beneficios directos, atiende a los beneficios obtenidos con la infracción; de modo que la referencia para cuantificar es el acto infractor, la trascendencia real o potencial del acto infractor, y no la capacidad económica abstracta de la empresa; y por eso, si subsidiariamente se fijan baremos de capacidad de la empresa para establecer presunciones, han de situarse en el momento de realización de la infracción, porque tratan de medir subsidiariamente el alcance, la recuperación o maldad de la infracción>>.*

TERCERO.- En el siguiente motivo se considera infringido el artículo 102 de LMV, con base en los siguientes argumentos: a) no se explica en la sentencia cuál es la razón para tomar como base para la sanción el importe de recursos propios de la entidad sancionada el 31 de Diciembre de 1993, y no el del ejercicio 1991 o el de 1992 que tiene en cuenta la Administración (apartado 1 y 2 del motivo); b) no es válido el argumento de que el año en que se impone la sanción es el que ha de tomarse en consideración, pues ello implicaría dejar a la disponibilidad del culpable la posibilidad de reducir la multa disminuyendo intencionadamente su caudal (apartado 3 del motivo); y c) al ser la infracción sancionadora la resistencia a la acción comprobadora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se consumó en el año 1992, por lo que no pueden aplicarse los recursos existentes en el año 1993, cantidad que fue conocida muy avanzado este ejercicio.

El motivo en sus distintos apartados debe rechazarse por las siguientes razones:

a) En el primero se denuncia una infracción no incardinable en el motivo 4º del artículo 95 de la Ley Jurisdiccional, sino en el 3º -falta de motivación de la sentencia-, lo que bastaría para rechazarlo. En cualquier caso la sentencia razona cuál es la causa por la que se disminuye la multa, el principio de proporcionalidad, por lo que, aunque sucinta, la motivación existe.

b) Los otros argumentos se rechazan porque, como el propio Abogado del Estado manifiesta en su escrito, la infracción consiste en seguir una conducta obstativa y de resistencia a la acción comprobadora de la CNMV, y si ésta, como textualmente indica, se desarrolló y consumó en el año 1992, y los últimos días del mes de Enero de 1993 (en las consideraciones jurídicas del acto recurrido –octava, novena y décima- se habla de requerimientos efectuados en el año 1992, llegando incluso a referirse al 28 de Octubre de 1993) fueron los últimos de la infracción sancionada, lógico es concluir que la interpretación más favorable al sancionado, que debe presidir el ámbito sancionador en supuesto como el presente en que la Ley no dice cuál es el ejercicio económico a tener en cuenta, deba hacerse tomando como base los recursos del ejercicio de 1993, no sólo por favorecer al expedientado, sino por ser en dicho año cuando terminaron los actos propios de una infracción que, según los términos de la propia CNMV, exige requerimientos reiterados, en un comportamiento de abierta rebeldía –consideración sexta “in fine”-; debiendo añadirse que la disminución intencionada de sus recursos por la propia entidad, si llegara a producirse, cualquiera que fuera la finalidad perseguida con ello, sería susceptible de constituir infracción autónoma –artículo 99 k) de LMV-.

CUARTO.- Se alega infracción de la jurisprudencia de esta Sala en relación con el carácter revisor de esta jurisdicción, al haberse pronunciado la sentencia sobre una cuestión nueva –importe de la sanción-, no planteada en la vía administrativa.

El motivo debe desestimarse. La revisión jurisdiccional del acto comprende todos los aspectos de éste, puestos en relación con la integridad del ordenamiento jurídico. Uno de estos aspectos es el de proporcionalidad de la sanción, ya que según el artículo 40 de la Ley de Procedimiento Administrativo, *“el contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico y será adecuado a los fines de aquellos”*. Lógicamente esta falta de proporcionalidad, por regla general, sobre todo en materia de sanciones, sólo podrá ser impugnada una vez que se ha tomado el acuerdo sancionador, y de aquí que sea en vía de recurso y no antes cuando cabe plantearla, por lo que mal puede hablarse de “cuestión nueva” como causa obstativa a su examen.

QUINTO.- El siguiente motivo debe igualmente rechazarse, porque, aunque como dice el Abogado del Estado la multa impuesta en todo caso dentro del máximo del 5% de los recursos propios, que señala el artículo 102 de LMV, el importe de la sanción que fija la Sala parte de los parámetros que ha tenido en cuenta la Administración para determinarla –2% de esos recursos-, de los cuales sólo cambia la base sobre la que se opera; de tal forma que aplicando los mismos elementos y sustituyendo únicamente la cifra de 10.32 millones de pesetas, por la de 481 millones, que es la suma que la sentencia considera aplicable, el resultado es el obtenido por el Tribunal de instancia.

SEXTO.- Por las mismas razones que el anterior, el último motivo debe rechazarse. En efecto, no se ha vulnerado por la sentencia el margen inatacable de discrecionalidad técnica que tiene la Administración para fijar el importe de la multa, puesto que se parte por el Tribunal de instancia de los mismos criterios discrecionales que ha tenido en cuenta aquélla para determinarla. Lo único que se ha variado es la base, y ésta constituye un elemento reglado que se ha de fijar de acuerdo con la Ley, aunque para llegara a esclarecerse ésta, en casos de duda, deba realizarse su interpretación que, en materia disciplinaria, ha de ser “in bona parte”.

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, DESTIMAMOS el presente recurso de casación nº 119/1997, interpuesto por la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO contra la sentencia de fecha 11 de Octubre de 1996, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 541/1994; 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 firmamos, mandamos y firmamos.