

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 1 DE JULIO DE 2004

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1429/01
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto impugnado: Sentencia de 4 de diciembre de 2000, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a uno de julio de dos mil cuatro.

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 1429/2001 interpuesto por "A., S.A." representada por el Procurador Don. L.S.V., y la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 4 de diciembre de 2000 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en recurso número 488/1998, sobre infracción de la Ley del Mercado de Valores; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "A., S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia el recurso contencioso-administrativo número 488/1998 contra resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de 14 de enero de 1998 que, en el expediente sancionador seguido por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordó:

"1. - Imponer a "A., S.A.", por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido, entre 1992 y 1995, los deberes de remisión de información que el citado texto legal impone a las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en Bolsas de Valores, una sanción de 175.000.000 de pesetas (ciento setenta y cinco millones de pesetas)".

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 1 de octubre de 1998, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportuno y suplicó se dictase sentencia *"que, estimando el recurso, anule al Orden Ministerial de Economía y Hacienda de fecha 14 de enero de 1998 recurrida en lo que se refiere a la multa de 175 millones de pesetas impuesta a mí representada, "A., S.A.", con todas las consecuencias inherentes, incluida la del resarcimiento a mi parte de los costes satisfechos como consecuencia del aval presentado para suspender la ejecución de dicha resolución administrativa sancionatoria"*. Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 3 de febrero de 1999, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplico a la Sala dictase sentencia *"por la que desestimen el presente recurso, confirmado íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho, con imposición de costas a la parte recurrente"*. Por otrosí solicito el recibimiento a prueba.

CUARTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 26 de marzo de 1999 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 4 de diciembre de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLAMOS: Que debemos estimar en parte y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "A., S.A." contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda*

dictada el 14 de enero de 1998 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho, excepto en lo relativo a la sanción impuesta, que anulamos sustituyéndola por una sanción de ciento veinte millones de pesetas. Sin efectuar condena al pago de las costas”.

QUINTO.- Con fecha 23 de marzo de 2001 “A., S.A.” interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1429/2001 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: Al amparo de artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución, en relación con la jurisprudencia constitucional que se cita en el desarrollo del motivo.

Segundo: Al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, por interpretación indebida del artículo 99.ñ) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercados de Valores.

SEXTO.- El Abogado del Estado interpuso igualmente recurso de casación al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional: Único: Por infracción de los artículos 99.ñ) y 102.a) de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, y el 131 de la Ley 30/1992, de 30 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y con la jurisprudencia que se cita.

SÉPTIMO.- El Abogado del Estado presentó escrito de oposición al recurso deducido de contrario y suplicó su desestimación con imposición de las cosas causadas a la parte recurrente.

OCTAVO.- Por providencia de 22 de abril de 2004 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 23 de junio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, 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 de la Audiencia Nacional con fecha 4 de diciembre de 2000, estimó en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por “A., S.A.” contra la resolución administrativa antes reseñada que le impuso la sanción económica de 175.000.000 de pesetas por infracción de la Ley del Mercado de Valores. La Sala de instancia, tras estimar que la infracción había sido cometida, rebajó la multa impuesta hasta la cifra de ciento veinte millones de pesetas, decisión contra la que han interpuesto recurso tanto la empresa sancionada como el Abogado del Estado.

SEGUNDO.- En la sentencia de instancia pueden distinguirse tres partes diferentes, que corresponden respectivamente a los hechos probados, a la tipificación de la conducta y a la sanción finalmente rebajada.

A) En cuanto a la primera cuestión, la Sala sentenciadora consideró probados los hechos siguientes:

"[...] 1º "A., S.A." es una sociedad del sector 031 (metálicas básicas) cabecera de un grupo dedicado a la producción y comercialización de productos metalúrgicos derivados del zinc. Con un capital social de 21.171 millones de pesetas, dividido en acciones admitidas a negociaciones en las Bolsas de Valores de Madrid y Valencia en el sistema SIB (mercado continuo). Hasta el 22-1-1997, el Banco de Santander a través de Banesto-Corporación Financiera, ostentaba el 42,40% de dichas acciones.

2º La entidad "A., Ltd", participada en un 100% por "A., S.A.", formaba parte del mismo grupo empresarial, tenía su domicilio en Guernsey, y se dedicaba a la comercialización en el extranjero de la producción de zinc de "A., S.A.", concretamente en el Lodón Metal Exchange (LME) a través de operaciones en productos derivados, opciones y futuros sobre zinc.

3º A partir del último trimestre de 1992, "A., Ltd" adoptó una posición especulativa en el LME, mantenida hasta marzo de 1996. Concretamente tomó posiciones en derivados con un volumen que suponía asumir riesgos substancialmente más elevados que los que acarrearía una actuación de mera cobertura. La comparación anual entre el saldo neto de posiciones de compraventa por contratos en el LME (en toneladas de subyacente y media trimestral actualizada) y las necesidades reales del zinc para que "A., S.A." pudiera atender su ciclo de producción y comercial es la siguiente: en 1992, 307.100-216.006; en 1993, 424.781-189.789; en 1994, 715.106-146.820; y en 1995, 440.820-218.315.

4º Estas circunstancias no se pusieron en conocimiento de la CNMV, y así en un folleto informativo de 27-VII-93 se informaba que la actividad principal de "A., Ltd" era la comercialización y distribución de productos de "A., S.A."

En la información pública periódica que "A., S.A." remitió a la CNMV no apareció correctamente reflejado el resultado real obtenido por "A., Ltd". En 1993 no se informó en absoluto del criterio contable utilizando para reflejar los resultados en cuestión, y en 1994 y 1995 se informó que, atendiendo a la alta volatilidad de los mercados financieros y en particular el de zinc, el reflejo contable tendría lugar sólo al final de cada ejercicio; de este modo se ocultaba tanto el carácter especulativo de las operaciones como la real situación en los periodos intermedios. Se recogió expresamente que el año 1994 se cerró con superávit pese a que, hasta el mes de octubre se habían registrado importantes pérdidas.

5º En el ejercicio de 1995, "A., Ltd" perdió 12.206 millones de pesetas, que si bien se recogieron contablemente el 31 de diciembre, no se reflejaron antes, pese a que, a fecha 30 de junio de dicho ejercicio ya se habían registrado pérdidas por importe de 4.838 millones de pesetas. [...]"

B) Sobre esta base el tribunal sentenciador consideró que la Administración del Estado había tipificado de forma adecuada los hechos, basando su fallo en los siguientes

fundamentos jurídicos, que transcribimos de modo parcial en los extremos que afectan a las cuestiones objeto de casación:

"[...] El art. 99 letra ñ) de la LMV 24/1988 en su redacción original establecía el siguiente tipo sancionador: [el incumplimiento, por los emisores de valores, de la obligación establecida en el art. 82 o de los requerimientos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores formulados en virtud del art. 89]. La Ley 3/1994 añadió: [así como el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o se omita maliciosamente aspectos o datos relevantes]. Finalmente, debe tenerse en cuenta, el art. 35 de la LMV en la redacción dada por la Ley 4/1990, que refuerza la obligación de información. Este precepto señala que las entidades emisoras de valores deben hacer público con carácter trimestral un avance de sus resultados u otras informaciones relevantes, para en todo caso, con carácter semestral, hacer públicos sus estados financieros completos, con un detalle similar a los requeridos para sus estados anuales. [...]

La lectura de la Orden impugnada permite comprobar que, el punto de partida que en la misma se establece al valorar los hechos constitutivos de infracción es la siguiente: [en el periodo que abarca desde el último trimestre del año 1992 hasta el 1 de marzo de 1996, el organismo supervisor –Comisión Nacional del Mercado de Valores- y por tanto el mercado, no han contado, por un lado, con una información completa y adecuada sobre los principios contables y normas de valoración utilizados por "A., S.A." en relación con la posición mantenida por dicha sociedad a través de su filial, "A., Ltd". En el mercado del zinc, ni de los efectos que la aplicación de dichos criterios iba teniendo en la situación económico-financiera y patrimonial presentada por "A., S.A." en sus estados financieros intermedios de carácter público; y por otro lado, tampoco han contado con información acerca del carácter de inversión, esto es, especulativo, de dicha posición...].

Más adelante, la resolución especifica que: [El hecho de que se haga referencia a que "A., Ltd" opera en el mercado de derivados de Londres y que se den datos del importe a final del año de los avales presentados por "A., S.A.", a favor de su filial "A., Ltd" ante brokers del LME, no permite inferir en modo alguno la mencionada posición de riesgo]. Se aclara a continuación que informar de la cuantía de los avales sin aclarar que se está adoptando una estrategia especulativa no equivale a haber informado del aumento del riesgo [pues es claro que si la operación realizada lo es dentro de una estrategia de cobertura, tal incremento de riesgo no existe].

Entiende esta Sala que el precepto por el que se impone la sanción está tipificando una única conducta: la falta de información, si bien, la casuística del mismo se extiende a aclarar que se entiende por falta de información tanto la falta o poca claridad de ésta, la no aportación de la información que exige la legislación del Mercado de Valores, como su inexactitud, o falta de veracidad, o la omisión maliciosa de aspectos relevantes.

Si bien es cierto que el último párrafo (el relativo al suministro de datos inexactos no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o que omita maliciosamente aspectos o datos relevantes) no se incorpora sino con la Ley 3/94, de 14 de abril, no lo es menos que la actividad imputada a la sociedad ahora recurrente es el no haber proporcionado al mercado, a través de la CNMV, información sobre cuestiones que son relevantes en la cotización de las

acciones de "A., S.A.", y esta conducta es constitutiva de la infracción por la que se impone sanción antes y después de la reforma operada por la ley 3/94.[...]

[...] En relación con el ejercicio de 1992, y en concreto, respecto del último trimestre, se admite por la recurrente que "A., Ltd" tomó posiciones en derivados en el mercado de Londres, sin que en las cuentas apareciera reflejado el riesgo que las mismas suponían, falta de información que no puede quedar exenta de consecuencias sancionadoras por el hecho, según alega la recurrente, de que las cuentas de la sociedad, debidamente auditas, se reflejasen las garantías financieras que "A., S.A." prestó a su filial. El importe de lo garantizado no informa por sí solo, y en el conjunto de una contabilidad societaria, de las circunstancias concretas en que se estaba desarrollando la actividad de "A., Ltd" en el mercado de futuros de Londres, por mucho que en los primeros tiempos, tal actividad no se tradujera en resultados negativos, los cuales no aparecieron sino hasta el año 1995 en forma de pérdidas por importe de 11.000 millones de pesetas, pérdidas que cuando fueron conocidas por el inversor, tuvieron las correspondientes consecuencias desastrosas en la cotización de la entidad (una bajada del 25% en siete días, manteniéndose tan baja cotización desde marzo 1996 hasta diciembre).

"A., S.A." había asumido importantes riesgos que finalmente se materializaron en una muy importante pérdida de valor de sus títulos para el accionista, de los que no informó al mercado, no pudiendo estimarse, como pretende, que basta con reflejar en su contabilidad la prestación de garantías a una filial.

Por las mismas razones expuestas, no puede prosperar su pretensión de que considere informada a la CNMV en 1993 y 1994 porque se puso en su conocimiento que se optaba por posponer a fecha 31 de diciembre el reconocimiento del efecto en resultados de las variaciones en la cotización de la peseta debido a la financiación en divisas, cuando las pérdidas ya habían tenido lugar (circunstancias de la que no se informó), o porque los auditores no formularon salvedades a las cuentas, si se ha probado, como es el caso, que no reflejaba dicha contabilidad las pérdidas derivadas de la corrección en el valor de las posteriores mantenidas en el Mercado de futuros en los ejercicios 1994 y 1995. En este supuesto concreto, el responsable de la auditoría informó al instructor de que de haber contado con los datos relevantes, se habría formulado una salvedad por incumplimiento de los principios y normas contables generalmente aceptados.

En resumen, como señala el Abogado del Estado, por mucho que las expresiones [suministro de información] y [hechos significativos] o [hechos relevantes] sean conceptos jurídicos indeterminados resulta evidente que el mantenimiento de posiciones cerradas a lo largo de varios ejercicios que ocasionaban cuantiosas pérdidas y la omisión de toda información al inversor al respecto, es constitutiva de la falta de suministro de información de hechos significativos y relevantes que no sólo podrían afectar, sino que afectaron desastrosamente a la cotización de los títulos de la sociedad.

La información o su falta, no están reguladas y sancionadas en la legislación del mercado de valores para la protección y para favorecer a las empresas, como resultaría de las tesis de la recurrente, sino para proteger al inversor."

C) En cuanto a los motivos determinantes de la disminución de la multa impuesta, los razonamientos de la Sala de instancia fueron los siguientes:

"[...] Por último, la recurrente plantea que: [desde el 26 de septiembre de 1994, cuando el nuevo equipo toma las riendas de la empresa hasta la terminación del año de 1995, es evidente que la información prestada era suficientemente expresiva para alertar al mercado de los riesgos inherentes a la posición de "A, Ltd". Como hemos dicho anteriormente, la propia Orden viene a reconocerlo paladinamente al absolver al Sr. B. y a los demás directivos de "A., S.A." de la infracción que inicialmente se les imputó].

La lectura de la Orden revela ya que el Comité Consultivo de la CNMV tuvo en cuenta que respecto de quien fue presidente de la sociedad desde octubre de 1994 hasta diciembre de 1995 la responsabilidad debe quedar excluida no sólo por haber heredado una situación decidida por el anterior presidente sino porque: [aunque de forma limitada mejoró la calidad de la información suministrada –en concreto, con motivo de la operación de ampliación de capital en diciembre de 1994, se informó a los suscriptores de la misma del carácter especulativo de la posición en derivados- y por último procedió a disminuir dicha posición a los efectos de minorar los graves riesgos y resultados que suponía para la sociedad. La CNMV no aprecia `ni dolo ni culpa].

[...] La Sala no observa en el acto administrativo impugnado un razonamiento que permita apreciar cómo la sociedad cometió la infracción sin haberla cometido persona física en el periodo de octubre 1994-diciembre 1995: se ha exculpado a los administradores en su totalidad, salvo al Presidente anterior a diciembre de 1994, a quién únicamente se sanciona por un periodo que abarca desde abril a septiembre de 1994 (si bien aquí si se razona por qué se le exculpa, al entender la CNMV que sólo estaba tipificada la conducta de la Sociedad), y se precisa claramente que en el periodo de administración posterior, se mejoró la calidad y cantidad de la información, y en las posibles consecuencias para el inversor de la anterior falta de información no hubo `ni dolo ni culpa. Es decir: la resolución razona la sanción a la Sociedad y no a sus administradores hasta septiembre de 1994, pero no después.

Debe por tanto estimarse el motivo de recurso relativo a la falta de imputabilidad por el referido periodo de tiempo de la infracción por la que se le sanciona a "A., S.A." porque, por mucho que el Tribunal Constitucional haya reconocido la capacidad de infringir a las personas jurídicas, la Sala no aprecia que se haya cometido infracción en cuestión entre octubre 1994 y diciembre 1995 precisamente por las mismas razones que la Orden sancionadora utiliza para exculpar a quien era en ese periodo Presidente de la Sociedad.

En consecuencia debe reducirse la cuantía de la sanción, proporcionalmente: si la CNMV consideró ajustado (por las razones recogidas en el fundamento decimotercero) el importe de 175 millones por cuatro años de falta de información (48 meses en total), por 33 meses (descontando 3 meses de 1994 y otro de 1995) corresponde imponer una multa de 120 millones de pesetas.

De cuanto queda expuesto resulta la estimación parcial del presente recurso y la revocación de la resolución recurrida en el único extremo relativo al importe de la sanción".

TERCERO.- De los dos recursos de casación simultáneamente interpuestos, el que mantiene la Administración del Estado debe ser desestimado como ya hemos hecho al resolver el también formulado (bajo el número 7600/2000) por el Abogado del Estado

contra otra sentencia análoga de la Audiencia Nacional, referida a los mismos hechos y resolución administrativa.

Se trataba entonces de enjuiciar la sentencia dictada el día 27 de septiembre de 2000 por la Sala de los Contenciosos Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el proceso número 420 de 1998, sentencia que –como en este caso- también estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución aquí recurrida, si bien en relación con otra de las personas –en aquel caso, una persona física- sancionadas por los mismos hechos.

La Sala de instancia minoró en aquel caso la sanción impuesta a Don. F.J.S., en su calidad de Presidente del Consejo de Administración de “A., S.A.”, rebajando la multa de treinta y cinco millones a un millón de pesetas, tras considerarle autor de la falta muy grave tipificada en el artículo 99.ñ), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en la redacción que a este precepto dio la Ley 3/1994, de 14 de abril.

En nuestra reciente sentencia de 24 de mayo de 2004 rechazamos el recurso de casación que había sido interpuesto por el Abogado del Estado, formulado en los mismos términos que el que ahora debemos fallar. Ante la identidad de argumentos, todos ellos de carácter general y sin referencias singulares a las razones por las cuales el tribunal sentenciador se había visto obligado a rebajar la multa impuesta, hemos de reiterar, en lo sustancial, lo que ya dijimos al rechazar su recurso de casación número 7600/2000:

“[...] El Sr. Abogado del Estado articula su recurso de casación a través de un solo motivo, al amparo del artículo 88.1.d), de la Ley Jurisdiccional, por entender que la sentencia infringe los artículos 99.ñ y 98 de la Ley 24/1.988, del Mercado de Valores en relación con el artículo 14 de la Ley de Disciplina e Intervención en la Entidades de Crédito (Ley 26/1.988, de 29 de julio), en relación con el artículo 131 de la Ley 30/1.992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procesamiento Administrativo Común y de la jurisprudencia que cita a lo largo del escrito en que desarrolla el motivo.

Respecto de esta última parte del motivo, basta con reiterar lo que venimos diciendo de forma constante ante alegaciones análogas en materia sancionadora, ya que ninguna de las sentencias a que se refiere tienen relación con tal materia, sino con otras en que efectivamente cobra todo su sentido la discrecionalidad técnica, en tanto que en Derecho sancionador nos encontramos ante supuestos reglados, en los que por aplicación de los principios sancionadores del Derecho Penal Común al Derecho Administrativo sancionador, con los matices que ha señalado la jurisprudencia constitucional y la de esta propia Sala, cobra todo su valor el principio de proporcionalidad.

Pues, en efecto 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 establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; 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 reducción. Principio de

proporcionalidad que es al que la Sala de instancia se remite, cuando comienza a señalar el contratos de la mínima motivación que se utiliza – y que se comprueba con la lectura de la Resolución administrativa, en sus Fundamentos de Derecho Decimotercero y Decimocuarto -, para imponer al hoy recurrente la sanción de multa en la mitad superior de su extensión, con el detalle con el que justifica en la misma Resolución la imposición atenuada de la sanción a “A., S.A.”.

Por otro lado, no es exacto afirmar que la Sala haya infringido el artículo 14 de la Ley 26/1.988, por el hecho de que estime que la Administración ha utilizado como criterio para la graduación de la sanción sólo los criterios a que se remite el artículo 131 de la Ley 30/1.992. Aunque así parezca al recurrente, si bien es cierto que la Sala critica el hecho de que la Administración haya utilizado el criterio de la gravedad de los hechos, también lo es que si se lee en su integridad el argumento en que funda la rebaja de la cuantía de la multa impuesta, la Sala también lo tiene en cuenta cuando se refiere a que no se acredita la causación de perjuicios de ningún tipo, como hecho diferente de la gravedad que, en efecto, sirve para calificar lo sanción, intensidad de los perjuicios materiales que son aquellos a que se refiere el artículo 14.1.b), aún cuando en la calificación de la infracción están ya implícitos los elementos de la gravedad.

Por ello, desde la perspectiva en que el motivo aparece planteado y, en cuanto es posible en aplicación de aquel principio de proporcionalidad, la individualización de la sanción –como hoy sucede en el propio Código Penal Común– cuando no concurren circunstancias agravantes ni atenuantes, en que se puede recorrer toda la extensión de la misma, con los elementos de que parte la sentencia, ni cabe extenderla a mayor cuantía ni aparece infracción de norma legal alguna, puesto que los cierto es que no puede afirmarse que la Resolución administrativa se construyera con la aplicación de las circunstancias expresadas en el artículo 14 de la Ley 26/1.988, que es algo que rechaza implícitamente la sentencia, que tampoco afirma que los criterios a aplicar sean únicamente los del artículo 131 de la Ley 30/1992, sino que estos han de ser contemplados, en función de todas las circunstancias en juego.

Por ello, el motivo también ha de ser desestimado.”

CUARTO.- El primero de los motivos de casación planteados por “A., S.A.” lo ha sido al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional y en él denuncia la infracción del artículo 24, apartados 1 y 2, de la Constitución, así como de diversas sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la incongruencia omisiva.

En su escrito de interposición del recurso sostiene aquella empresa que la Sala de instancia “[...] no dice nada sobre esta concreta pretensión de rebaja de la sanción en el citado porcentaje del 7,7% basada en la falta de prueba sobre la existencia de una conducta infractora de “A., S.A.” en 1992, con lo que incurre en incongruencia omisiva que invocamos ahora en casación al amparo del artículo 24.1 de la Constitución, al tiempo que invocamos el apartado 2 del mismo artículo ya que la condena sin pruebas implica vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia.[...]”

El motivo está, en primer lugar, defectuosamente formulado. El vicio de incongruencia, en cuanto infracción de una de las normas reguladoras de la sentencia, ha de

denunciarse precisamente a través del motivo de casación previsto en la letra c) del artículo 88.1 de la Ley Jurisdiccional y no en el modo en que la recurrente lo ha hecho.

Por lo demás, de resultar admisible, el motivo habría de ser en todo caso desestimado. No cabe mantener una imputación de incongruencia omisiva como la que se sostiene cuando la Sala de instancia ha dado respuesta –incluso parcialmente estimatoria– a la pretensión actora de rebaja de la sanción tras analizar su actividad ilegal durante los años objeto del expediente sancionador, incluyendo en su análisis fáctico y jurídico también la conducta acaecida en 1992.

En efecto, tal como ya hemos transcrito, el tribunal sentenciador se refirió en el séptimo fundamento jurídico de la sentencia recurrida a la conducta de la empresa durante el ejercicio de 1992 *“y en concreto respecto del último trimestre”*. La Sala de instancia consideró, a este respecto, que *“A. Ltd”* había tomado posiciones en derivados en el mercado de Londres *“sin que en las cuentas apareciera reflejado el riesgo que las mismas suponían, falta de información que no puede quedar exenta de consecuencias sancionadoras [...]”*. De tal hecho dedujo que no podía prosperar la pretensión actora en lo relativo a dicho ejercicio y era procedente confirmar la casación en este mismo sentido.

Cosa distinta es que la parte actora juzgue que esta conclusión resulta más o menos acertada en derecho. Su discrepancia en cuanto al fondo de la cuestión no puede sustentar, sin embargo, una censura de incongruencia omisiva sólo por el hecho de que el tribunal sentenciador no le haya dado la razón. El debate en este punto afecta ya al tiempo mismo de la infracción apreciada y excede, por lo tanto, de lo que constituye un motivo de casación ceñido al examen de la supuesta incongruencia omisiva.

En efecto, la tesis de la actora consiste en mantener que, aun cuando se entendiera que la información integrada en las cuentas anuales de *“A., S.A.”* de 1992 no era completa, no por ello podía ser sancionada la conducta realizada en dicho año 1992, ya que la información contable, de conformidad con lo previsto en la Ley de Sociedades Anónimas, se suministró al mercado en el año siguiente, 1993. Pero lo que la Administración y la Sala de instancia apreciaba es que la infracción se cometió cuando se dejó de proporcionar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores -y , por tanto, al mercado de valores en cuanto tal- la información adecuada en el momento en que la empresa asumía unas importantes posiciones de riesgo, hecho que se produjo en el año 1992. La discrepancia de la actora, pues, poco tiene que ver en este caso con cuestiones de incongruencia –inexistente– y sí con la aplicación de la norma sancionadora.

La Sala de instancia, pues, no sólo rechazó de modo expreso el presupuesto fáctico y jurídico que sostenía la recurrente – esto es, que no hubo infracción en 1992 porque las cuentas sociales se presentan en 1993- sino que afirmó con claridad que la conducta de aquélla durante el último trimestre de 1992 era constitutiva de la infracción sancionada. Corolario de esta premisa es que no procedía el importe de la multa en el porcentaje al que se refiere la recurrente. Sin que, insistimos, todo ello tenga que ver con el defecto procesal imputado, pues la Sala de instancia es congruente al resolver, en un determinado sentido, la pretensión de la demanda tras analizar los argumentos en que se basa.

Finalmente, y de modo también inapropiado al mezclarlo en un solo motivo con las cuestiones procesales relativas a la congruencia, sostiene la recurrente que la Sala de instancia vulnera el apartado 2 del artículo 24 de la Constitución pues, a su juicio, ha sido condenada sin pruebas, lo que implica vulneración del principio constitucional de la presunción de inocencia.

Baste decir a este respecto que en el curso del expediente sancionador había elementos de juicio –de carácter documental- suficientes, sobre ellos, obtener una determinada conclusión respecto de si se había producido o no la conducta sancionada, esto es, la falta de información en los términos ya dichos, incluyendo la conducta correspondiente a 1992. La apreciación de los hechos a partir de aquella prueba, sin duda existente, corresponde a la Sala de instancia y no a la de casación.

En realidad el debate de la instancia versaba más sobre cuestiones jurídicas que de hecho. En concreto, por lo que respecta al tan citado ejercicio de 1992, y una vez admitido que la empresa actora había tomado posiciones de riesgo no comunicadas en aquel momento (incluso si lo fueran en la memoria presentada en 1993); la discusión versaba sobre si aquella toma de posiciones debía reputarse “hecho relevante” a los efectos de su comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Pero todas estas cuestiones no corresponden tanto a la valoración de la prueba, a efectos de desvirtuar presunción de inocencia, sino a la tipificación de la conducta infractora.

QUINTO.- Precisamente respecto de la aplicación de la norma sancionadora versa el segundo de los motivos de casación, éste sí correctamente formulado desde el punto de vista procesal al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional.

Afirma la parte recurrente que la Sala de instancia ha interpretado de forma indebida el artículo 99 ñ) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. A su juicio, el error jurídico cometido consiste en *“[...] estimar que en el periodo temporal comprendido entre 1 de octubre de 1992 y 16 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 3/1994, la conducta sancionable incluía no solamente la falta de información al mercado sino también la omisión en la facilitada de aspectos relevantes, que es lo único que verdaderamente puede ser imputado a “A., S.A.”.*”

La tesis del motivo es que la sentencia impugnada *“[...] viene a degradar la reforma de 1994 atribuyéndole el carácter de mera aclaración, sin alcance innovativo del ordenamiento”.* Sostiene la recurrente que si el legislador *“introdujo la modificación legislativa de que se habla es porque hacía falta, porque con la redacción inicial del precepto quedaban impunes conductas merecedoras de sanción y, en virtud de los rigurosos principios que rigen la interpretación de la normas punitivas, no se podía solucionar esa deficiencia por la vía interpretativa. Cabe decir, así, que la propia existencia de la Ley 3/1994 constituye la mejor prueba de que el texto original contemplaba solamente la omisión total de información, y también la información existente pero inveraz, engañosa o maliciosamente parcial o reticente. Esta última no era sancionable hasta la entrada en vigor de la Ley de 1994. Precisamente se dicta la nueva Ley para cubrir esa laguna”.*

Por su parte, según ya lo hemos consignado, la Sala de instancia, tras contrastar el artículo 99 letra ñ) de la Ley 24/1988 en su redacción original (que se refería al

incumplimiento, por los emisores de valores, de la obligación establecida en el artículo 82 o de los requerimientos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores formulados en virtud del artículo 89) y en su redacción modificada por la Ley 3/1994. concluyó que *“la actividad imputada a la sociedad ahora recurrente es el no haber proporcionado al mercado, a través de la CNMV, información sobre cuestiones que son relevantes en la cotización de las acciones de “A., S.A.”, y esta conducta es constitutiva de la infracción por la que se impone sanción antes y después de la reforma operada por la Ley 3/1994.”*

SEXTO.- El motivo no puede ser estimado. En primer lugar, nada impide que el Legislador detalle o precise en una norma penal posterior el contenido más amplio de otra precedente: tal modificación no supone necesariamente, en contra de lo que afirma la recurrente, que la interpretación de la norma originaria deba excluir los supuestos ulteriormente precisados por la norma posterior. Habrá que analizar, en cada caso, si una determinada conducta era subsumible en el precepto penal primitivo, aun cuando también lo sea en el sucesivo.

La Ley 24/1988, al establecer los mecanismos adecuados para lograr la adecuada supervisión del funcionamiento de los mercados de valores, no sólo diseñó un determinado institucional sino que trató de proteger los intereses de los usuarios de aquellos mercados a través de la exigencia de algo tan esencial para su confianza como es la información respecto de los valores emitidos y de la actuación de las sociedades que los emiten. En diversos preceptos de la Ley se prescriben determinadas exigencias de recogida y difusión de la información, exigencias cuyo incumplimiento, en su caso, se sanciona como infracción administrativa.

En su redacción primitiva el ya citado artículo 99, letra ñ), de la Ley 24/1988 sancionaba en realidad –tipificándolo como infracción muy grave– el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 82 de la misma Ley. Este último precepto, por su parte, disponía que los emisores de valores (por lo que nos afecta, “A., S.A.”) deberían informar al público, en el más breve plazo posible, de todo hecho o decisión que pueda influir de forma sensible en la cotización de los mismos. Si el emisor consideraba que la información no debía ser hecha pública por afectar a sus intereses legítimos, debía informar inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que podía, si lo estimaba necesario, dispensarle de tal obligación.

Desde el momento en que la Sala de instancia dio como probada la ausencia de información, por parte de la recurrente, sobre un hecho que tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores como el propio tribunal sentenciador reputaron relevante, en el sentido de potencialmente influyente en la cotización de sus valores, bien pudo aquella Sala considerar ajustada a derecho la subsunción de dicha conducta en el tan citado artículo 99, letra ñ), en relación con el también citado artículo 82, ambos de la Ley 24/1988. Para llegar a esta conclusión era irrelevante que la descripción del tipo hubiera sufrido, o no, la modificación operada por la Ley 3/1994, pues antes de ella la conducta de la empresa infringía el precepto sancionador correspondiente.

En efecto, la adición incorporada por la reforma de 1994 no impedía considerar que la conducta imputada cumplía las exigencias objetivas del tipo sancionador primitivo. Dicha adición se limitaba a precisar como conductas constitutivas de infracción el

“suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o se omita maliciosamente aspectos o datos relevantes”. Conductas que quedaban ahora tipificadas como variantes o añadidos, en su caso, al incumplimiento de la obligación de informar impuesta por el artículo 82. Esta última obligación se incumple, *“antes y después de la reforma operada por la Ley 3/1994”*, como acertadamente afirma la Sala de instancia, si la sociedad emisora deja de informar, en concreto, sobre un hecho que resulta ser de importancia para la cotización de sus acciones.

La Sala de instancia, pues, no interpretó de forma indebida el artículo 99. ñ) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por lo que el segundo motivo de casación debe ser rechazado.

SÉPTIMO.- Procede, en suma, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 1429/2001, interpuesto por “A., S.A.” y la Administración del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 4 de diciembre de 2000 recaída en el recurso número 488 de 1998. Imponemos a las recurrentes las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.