

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 31 DE MARZO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 10426/97
Ponente: D. Francisco Trujillo Mamely
Acto impugnado: Sentencia de 29 de septiembre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a treinta y uno de marzo de dos mil tres.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, representada por el Sr. ABOGADO DEL ESTADO, y por el "BANCO C., S.A.", representado procesalmente por la Procuradora Dña I. F. C. B., contra la sentencia dictada el día por la Sala de los Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional en el recurso número 1785/1993, que anula, en parte, la Resolución del Excmo. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 11 de febrero 1.993 y en su virtud, deja sin efecto por no ser conforme a derecho, la sanción por la misma impuesta de doscientos setenta y cinco millones de pesetas, confirmándola en el resto de sus pronunciamientos.

En este recurso se ha personado también como parte recurrida, LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación ya indicada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 29 de septiembre de 1997, la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: *"FALLAMOS: Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por "Banco C., S.A." y en su nombre y representación la procuradora Sra. Dña I. F. C. B., frente a la Administración del Estado, dirigida y presentado por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 12 de julio de 1993, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a derecho la Resolución impugnada en cuanto impone dos sanciones por sendas faltas previstas en el artículo 99 s) de la Ley 24/1988, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos respecto de una de las dos sanciones impuestas a "S. F., S.A." por la señalada infracción y que lo es la multa de 275 millones de pesetas, declarando ser ajustada a Derecho en sus demás pronunciamientos, confirmado la sanción impuesta por la infracción prevista en el artículo 99 i) de la citada Ley, y una de las sanciones impuestas por la infracción del artículo 99 s) del mismo Texto Legal que lo es la multa de 303 millones de pesetas, sin expresa imposición de costas".*

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia, interpuso recurso de casación LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, a través del Sr. Abogado del Estado, y el "Banco C., S.A.", por medio de su Procuradora Sra. F. C. B. El Sr. Abogado del Estado, en el escrito correspondiente de formalización del recurso, tras alegar los motivos de casación que estimó conducentes a su pretensión, terminó suplicando a la Sala que se dictase sentencia por la que, estimándolo, se casara y anulara la recurrida y se declararse la adecuación a derecho de las resoluciones administrativas que la de instancia había dejado sin efecto, restableciéndolas en la integridad de sus efectos jurídicos. Por su parte, la Procuradora Sra. F. C. B. y en el escrito que presentó formalizando el recurso de casación interpuesto, expuso los motivos en los que lo fundaba, y suplicó a esta Sala finalmente que se dictara en su día sentencia por la que estimándolo, se anulasen las sanciones pecuniarias impuestas que fueron confirmadas en la instancia, o en su defecto

se redujera la cuantía de las mismas en los términos que solicitaba en el cuerpo del escrito.

TERCERO.- La parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, a través del Sr. Abogado del Estado, y en el escrito en el que formalizaba su oposición a los motivos de casación correspondientes al recurso interpuesto por la entidad “Banco C., S.A.”, terminó suplicando a la Sala que en su día se dictase sentencia por la que, desestimando el recurso interpuesto de contrario, se confirmase íntegramente la recurrida en la parte que era objeto de impugnación por la citada entidad, a la que debían imponerse expresamente las costas del recurso.

CUARTO.- Mediante providencia de fecha 31 de enero de 2003, se acordó señalar para deliberación y fallo de este recurso el día 20 de marzo siguiente, momento en el que han tenido lugar dichos actos procesales.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 11 de febrero 1.993, dictada en expediente instruido al efecto por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, había impuesto a la mercantil “S. F., S.A.”, la sanción de ochocientos ochenta y un millones de pesetas, como consecuencia de la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra i), del artículo 99 de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, del Mercado de Valores y de otras dos infracciones muy graves comprendidas en la letra s), del mismo precepto legal, una, por las operaciones realizadas en el primer semestre del año 1.990 y, otra, por las referentes al segundo semestre del mismo año; las cuantías de cada una de las sanciones impuestas fueron de trescientos tres millones de pesetas por las dos primeras y doscientas setenta y cinco millones de pesetas por la tercera.

Contra esa Resolución administrativa, la entidad mercantil “Banco C., S.A.”, que tenía el control de una participación significativa en el capital social de la sancionada, muy superior al cinco por ciento y había promovido, además, una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones de aquella, cuya admisión se estaba tramitando por la Comisión Nacional del Mercado de Valores interpuso recurso de reposición que fue inadmitido por falta de legitimación de “Banco C., S.A.”, por Resolución de 12 de julio de 1.993 que, al propio tiempo confirmaba, en el recurso deducido por la sancionada, la Resolución de 11 de febrero anterior.

La mercantil “Banco C., S.A.”, interpuso recurso contencioso administrativo contra ambas Resoluciones, y la Sala de Instancia, luego de haber desestimado por Auto de 3 de febrero de 1.995 una cuestión de inadmisibilidad que, por una posible falta de legitimación de la actora, planteó de oficio proponiéndola a las partes, y cuyo Auto quedó firme, continuó la tramitación del recurso contencioso administrativo, y pronunció la sentencia, que es objeto de este recurso de casación, con fecha de 29 de septiembre de 1.997, estimando parcialmente el recurso, anulando por no conforme a

derecho la última de las sanciones impuestas declarando ser conformes a derecho los demás pronunciamientos, esto es, mantuvo la sanción impuesta por la infracción prevista en el artículo 99. i) y otra de las sanciones impuestas, (la de cuantía de trescientos tres millones de pesetas), por la infracción del artículo 99. s), de la Ley 24/1.988.

SEGUNDO.- Para llegar a tal pronunciamiento la Sala “a quo” desestima dos de los argumentos utilizados en la demanda por la recurrente, (los que hacían referencia a la imposibilidad de admitir responsabilidad de las personas jurídicas, en este caso, y el de vulneración del principio de non bis in idem), y estima el relativo a la distinción entre los dos semestres del año 1.990 a los efectos de la tipificación de las dos infracciones del artículo 99. s), de la Ley 24/1.988 y en su Fundamento Jurídico Segundo establece los siguientes hechos probados:

[...] A) Las compras de títulos de “S. F., S.A.” en el periodo de marzo de 1990 a junio de 1990, fue realizada en un 73,65% por entidades del “G. F., S.A.” –la propia “S. F., S.A.” para autocartera, “G. F., S.A.”, “R., S.A.”, “S., S.A.”, e “I. B., S.V.B., S.A.”-. En diciembre el mencionado porcentaje alcanza el 65% y de enero a marzo de 1991, las entidades del grupo adquirieron el 31,44% del total de los valores comprados.

Las transacciones descritas carecen de contenido económico - suponen transferencias entre entidades del grupo destinadas a la tenencia exclusiva de los valores negociados y sometidas a una dirección única, claramente vinculadas e instrumentales – y se encaminan a mantener estable la cotización de los títulos de “S. F., S.A.” y a disimular su nivel de autocartera.

B) Durante 1989 y 1990, las actividades realizadas por “R. T. S. I., S.A.”, “R., S.A.” y “S., S.A.”, se centran exclusivamente en la compra y venta de acciones de “S. F., S.A.”, y la financiación al efecto, se ha obtenido, en su mayor parte, directa o indirectamente, de la propia “S. F., S.A.” y de “G. F., S.A.”.

C) “G. F., S.A.” ostentaba en el tiempo a que nos venimos refiriendo y en virtud de contrato, la gestión de “S. F., S.A.”; ambas sociedades eran las auténticas titulares de las transacciones realizadas mediante diversas entidades de carácter instrumental, pero dominadas y sometidas a la decisión del “G. F., S.A.” y de la propia “S. F., S.A.” [...]

TERCERO.- En cuanto en este recurso de casación no se plantea cuestión alguna distinta a las que hemos resuelto mediante sentencia de 10 de marzo corriente, en el Recurso de Casación 10.427/1.997, interpuesto contra otra sentencia de la misma fecha, dictada por la propia Sala de Instancia, resolutoria de recurso contencioso administrativo formulado contra las propias Resoluciones administrativas, aunque interpuesto por otra recurrente, “S. F., S.A.”, la decisión en este que ahora enjuiciamos, ha de ser, por razones de coherencia y aplicación del principio de igualdad en la aplicación de la Ley, la misma que en esa sentencia que acabamos de citar, en que se resolvían, asimismo los recursos de casación que contra aquella sentencia se habían interpuesto, como contra ésta, tanto por el Sr. Abogado del Estado como por el “Banco C., S.A.”.

CUARTO.- El Sr. Abogado del Estado articula el recurso de casación al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional de 1956, modificado por la Ley 10/1992, de 30 de

abril, invocando que la sentencia recurrida ha infringido el Art. 99.s) de la Ley del Mercado de Valores, en relación con los Art. 99.i) y 100 c) de idéntica Ley, al considerar que los hechos recogidos en los apartados b) y c) de la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 11 de febrero de 1993 no son constitutivos de dos infracciones tipificadas en el Art. 99.s) de la citada Ley sino de una sola infracción.

El razonamiento a través del cual la sentencia impugnada estima parcialmente el recurso de "S. F., S.A.", y anula una de las dos sanciones (concretamente, la multa de 275.000.000 pesetas), confirmando la otra sanción de multa por importe de 303.000.000 pesetas, se encuentran en su Fundamento Jurídico Sexto, que es del siguiente tenor literal:

[...] " Respecto a la distinción entre el 1º y 2º semestre de 1990 a efectos de imputar a la actora dos infracciones previstas en el Art. 99 s) de la Ley 24/1988, la Administración lo razona desde la diferente finalidad perseguida por la acción infractora, en el primer semestre se pretende disimular el nivel de autocartera de "S. F., S.A." y evitar la caída de la cotización de sus valores mediante la compra de los títulos, mientras que en el segundo semestre de 1990, la simulación en las operaciones persigue ocultar el nivel de autocartera de la sociedad citada.

Pues bien, el precepto de aplicación configura la infracción desde dos puntos de vista: A) la 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, B) así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos. Ello supone que el fin jurídicamente relevante consiste en la intención de corregir un resultado constitutivo de infracción grave, u ocultar la verdadera titularidad en la transferencia de valores. Esto es, la opacidad de unas determinadas operaciones, bien para evitar el conocimiento del titular real, bien para ocultar una conducta infractora. Fuera de tales finalidades, jurídicamente relevantes por determinación de la norma, cualquier otro elemento finalístico, no pasa, a efectos de la infracción que nos ocupa, de mera motivación subjetiva sin trascendencia jurídica.

Quiere ello decir que una vez atacado el bien jurídico protegido – la transparencia en el mercado de valores – mediante la conducta tipificada –fraude, ocultación o simulación–, con la finalidad de alcanzar un resultado que de no mediar la simulación constituiría falta grave, al menos; o evitar el conocimiento de los titulares de operaciones sobre valores; el tipo infractor se ha consumado. Pues bien, una vez que concurren tales elementos, la infracción ha sido cometida –con independencia de la responsabilidad y grado de participación de los sujetos implicados–, y no viene determinada por la concreta infracción que se haya tratado de ocultar o la finalidad última de la simulación en la titularidad.

La concreta infracción oculta o los motivos últimos de la simulación, no son considerados en el precepto como jurídicamente relevantes, son pues elementos que quedan al margen de la infracción penal. Así las cosas, observada una conducta infractora duradera en el tiempo, que aparece sin solución de continuidad, y sin que ningún elemento al que la norma considere relevante a efectos de tipificación, rompa la unidad, no puede entenderse que existen diversas infracciones, siendo igual el sujeto, el bien jurídico atacado, la conducta infractora y la finalidad definida por la norma. La simulación y el ataque a la transparencia del mercado es

la misma, ya se persiga ocultar la autocartera, ya evitar la caída de la cotización de los valores. Existe pues una sola infracción prevista en la letra s) de Art. 99."

En los recursos de casación números 3664/1.997 y 10.427/1.997 hemos examinado idéntica cuestión que la que en éste plantea el recurso del Abogado del Estado, a la que dimos respuesta en sentido desestimatorio mediante sentencias de 20 de enero de 2003 y 10 de marzo corriente, estableciendo que:

[...] "El motivo no puede prosperar, pues la redacción del precepto antes transcrito, y en especial la expresión "al menos" que en ella se introduce, obliga a entender que cuando la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas se lleva a cabo en unidad de acción, sin solución de continuidad (circunstancias afirmadas por la Sala de instancia), lo que surge es una sola infracción de las previstas en dicho precepto aunque el recurso perseguido pudiera implicar, simultáneamente, más de una infracción grave. Podrán surgir, además y en concurso, otros tipos infractores, pero no, en presencia de aquella unidad de acción, dos o más infracciones de las tipificadas en esa letra s), pues la expresión "al menos" engloba en el tipo, también, los resultados plurales perseguidos con la conducta única consistente en la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas interpuestas".

A la misma conclusión hemos de llegar, por la razones ya expuesta en el fundamento jurídico anterior, en el supuesto que ahora enjuiciamos. Por ello, no ha lugar al único motivo del recurso de casación del Abogado del Estado.

QUINTO.- Por idéntica razón hemos de reproducir aquí, lo que hemos razonado en la sentencia de 10 marzo corriente, en el recurso interpuesto por "Banco C., S.A.", con las necesarias adaptaciones en cuanto esa sentencia se refería a "S. F., S.A.", pero sin que en el que ahora se enjuicia ni la sentencia de instancia difiera en nada de la que fundamentó el recurso resuelto por aquella sentencia, ni éste recurso de casación, ni en su articulación ni en su desarrollo, difiera tampoco en nada del que interpuso esa última mercantil citada.

Así, en esa sentencia, hemos dicho:

[...] "1. El primer motivo del recurso de casación de "S. F., S.A.", se ampara en el artículo 95.1.3º d la Ley Jurisdiccional. En él se denuncia que la sentencia ha incurrido en incongruencia omisiva, infringiendo los Arts. 120.3 y 24 CE. Tal incongruencia se habría producido por no haber dado respuesta a todos los argumentos invocados por la recurrente en sus demanda, más concretamente por no responder a la argumentación realizada en cuanto a la, a su juicio, incorrecta determinación de las sanciones a imponer.

2. El motivo no puede ser acogido. Todas las cuestiones planteadas ante la Sala de la Audiencia Nacional han sido examinadas y resueltas por la sentencia recurrida, cuyo fallo va precedido de un razonamiento que ha seguido los siguientes pasos: a) ha acotado el objeto del recurso (fº, jº, 1º), b) ha determinado los hechos que considera probados (fº. jº. 2º); c) ha precisado las infracciones administrativas que la Administración ha imputado a la recurrente y las sanciones impuestas (fº. jº. 3º); d) ha afirmado la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones imputadas, refiriéndose en este punto a la previsión legal de tal

responsabilidad en el concreto ámbito del derecho administrativo sancionador a que este proceso se refiere (Art. 84.2 de la L.M.V.) y la doctrina del T.C. (fº. jº. 5º); e) ha expuesto –en los términos que ya han quedado transcritos- los argumentos por los que anula una de las dos sanciones impuestas por la comisión de la infracción tipificada en el Art. 99. s) de la L.M.V. (fº. jº. 6º); f) ha rechazado la vulneración del principio “ne bis in idem” y ha reputado adecuada a Derecho la subsunción de las conductas imputadas en los tipos de las infracciones administrativas previstas en el Art. 99.i) y s) de la L.M.V. (fº. jº. 7º); y g) ha concluido considerando conforme con el ordenamiento jurídico la sanción por la infracción del Art. 99.i) y una de las dos sanciones impuestas por la del Art. 99.s), ambos preceptos de la L.M.V. (fº. jº. 8º)

3. el reproche que ahora examinamos se refiere, pues, a la argumentación contenida en el fº. jº. 8º de la sentencia. No tiene razón la recurrente. La obligada congruencia de la sentencia no reclama una respuesta pormenorizada y paralela a todos y a cada uno de los argumentos contenidos en la demanda. Si exige no dejar sin respuesta ninguno de los motivos sobre los que la demanda construye la pretensión de anulación, lo que aquí no se ha producido. Pudo, ciertamente, la sentencia haberse detenido más en el examen de la conformidad a Derecho de las sanciones impuestas. Mas lo cierto es que lo hace en la medida suficiente para entender observada aquella exigencia lega. En efecto, sobre el tipo de sanción que la Administración ha impuesto (la de multa) de entre las diversas previstas en el Art. 102 L.M.V. para las infracciones muy graves, razona la sentencia que “dada la naturaleza económica de las infracciones cometidas” es conforme a la legalidad que “sea tal la naturaleza de la sanción, tanto desde el punto de vista de prevención general como especial que cumple el Derecho Administrativo Sancionador”; y ya dentro de este tipo de sanción, estima que la cuantía en que ha sido impuesta no infringe el principio de proporcionalidad, aceptamos en este punto expresamente “el razonamiento de la Administración demandada, atendiendo al máximo que pudo imponerse y las circunstancias concretas tenidas en consideración” que, pese a esa remisión al criterio de la Administración, no deja sin precisar, pues inmediatamente después se refiere a las circunstancias que justifican la imposición de la multa y su aplicación en grado superior al medio, refiriéndose expresamente a la naturaleza de la infracción y a la gravedad de los hechos. Aunque no expresamente, si implícitamente la sentencia está aceptando que el criterio determinante del importe de la multa sea el de los recursos propios de la entidad infractora y no el del beneficio bruto, extremo que no requería de más consideraciones en un supuesto como este en que las actividades constitutivas de infracción han conducido a una situación de pérdidas del orden de 6.000.000.000 Ptas., en la que resulta tan obvia la ausencia de beneficio como la procedencia de acudir al parámetro de los recursos propios, toda vez que la elección del otro criterio habría determinado una sanción de importe cero pesetas, conclusión que al mismo tiempo que el Derecho es rechazada por el sentido común. Así lo hemos entendido en la STS de 31 de diciembre de 2002 (R. Casación nº 2848/1997). En conclusión, no adolece la sentencia ni de incongruencia ni de déficit de motivación y por ello el motivo debe ser desestimado”.

[...] 1. La tesis mantenida en el motivo segundo del recurso (acogido al Art. 95.1.4º de la L.J. y fundado en la infracción del Art. 99. i) y s) de la L.M.V.) es la siguiente: aceptando la realidad de las operaciones de compra y venta que, en su expresión, “diversas entidades pertenecientes al “G. F., S.A.” realizaron de las acciones “S. F., S.A.”, defiende que los ilícitos cometidos en modo alguno deben imputarse a “S. F., S.A.”, que fue utilizada como mero instrumento por parte de las personas físicas y entidades verdaderamente responsables de las infracciones realizadas,

siendo "S. F., S.A." la que ha sufrido el principal quebranto patrimonial a consecuencia de las operaciones fraudulentas. Invocando a continuación la doctrina contenida en la STC 246/1991, de 19 de diciembre, y en la STS de 16 de febrero de 1992, sostiene que para que una persona jurídica pueda ser considerada como responsable de una infracción administrativa es necesario que exista culpa "in vigilando" de los órganos societarios respecto de las personas físicas autoras de los hechos sancionables. Concluyendo que las resoluciones sancionadoras en ningún momento acreditan la existencia de esa culpa "in vigilando" por parte de los órganos societarios de "S. F., S.A.", atribuyendo al "G. F., S.A." la gestión real y el control total de las "operaciones fraudulentas realizadas", control llevado a cabo, añade, "a espaldas de los órganos societarios de "S. F., S.A.". En definitiva, entiende la recurrente que no se dan las condiciones que el ordenamiento jurídico exige para poder imputar a dicha sociedad la autoría de las infracciones que han sido sancionadas y que la sentencia no responde motivadamente a este argumento.

2. Dice la sentencia en su fº. Jº. 5º lo siguiente:

"Ciertamente es pacífica la doctrina jurisprudencial al admitir que los principios inspiradores del Derecho Penal son aplicable al Derecho Administrativo Sancionador, pero con matizaciones. Pues bien, la responsabilidad de las personas jurídicas se encuentra expresamente establecida en materia de sanciones administrativas por norma con rango suficiente al efecto. Así, en el supuesto que nos ocupa, el Art. 84.2 de la Ley 24/1988 establece de forma clara la aplicación del régimen sancionador previsto en la propia Ley a las personas jurídicas que se encuentren en los casos señalados por la propia Ley.

Que ello resulte más o menos justo en los términos que razona la actora, es cuestión cuya valoración escapa a las facultades de esta Sala, ya que el Tribunal Constitucional ha declarado adecuada a la Constitución la configuración que en el ámbito administrativo se realiza respecto a las personas jurídicas; y no se olvide que el control realizado por este Tribunal lo es siempre de legalidad, sin atender al material sistema de valores establecido por la norma, salvo que el mismo pueda traducirse en infracción constitucional o legal, que no es el actual caso".

3. Del motivo se desprende que la recurrente acepta la realidad de los hechos imputados y su carácter ilícito, así como la posibilidad de imputar responsabilidad, en concepto de autores por la infracciones previstas en la L.M.V., tanto a personas físicas como a personas jurídicas. Sobre esta cuestión no hay debate. Así resulta claramente del Art. 95 de la L.M.V. y de los Art. 99, 100 y 101 de la misma Ley, donde se prevén sanciones para personas jurídicas. La resolución administrativa lo afirma al decir:

"En este sentido, de la redacción de las normas contenidas en el Capítulo II de la L.M.V. parece deducirse el establecimiento de un concepto único de autor que, sin embargo, admite una pluralidad de sujetos que responderían de su propio injusto y su propia culpabilidad, partiendo de la idea de que el hecho ilícito es siempre obra de cuantos interviene en él y convirtiendo en autores a todos aquellos a los que les sea objetivamente imputable el resultado, sin más restricciones de las que se derivan de una causalidad adecuada y de la necesaria aplicación de los principios que en materia de culpabilidad se recogen en el ámbito del derecho sancionador".

La sentencia viene a coincidir con esta interpretación y la recurrente no la rechaza. La tesis que en realidad sos tiene se endereza a excluir a "S. F., S.A." de dicha responsabilidad, atribuyéndosela a otra sociedad. No podemos acoger tal planteamiento. El conjunto de la prueba obrante en el expediente y en los autos demuestra que los hechos que la sentencia entiende probados no pueden explicarse sin la participación coprotagonista de "S. F., S.A.", esto es con un grado participación que excede de la culpa "in vigilando" y que se adentra en el ámbito de la responsabilidad resultante de una acción que se proyecta y ejecuta en búsqueda de unos determinados resultados que han estado en la previsión y aceptación de quienes integraban los órganos societarios de "S. F., S.A." y para cuya obtención se han coordinado con quienes a su vez integraban los órganos de otras sociedades partícipes de la elaboración y consumación del proyecto diseñado.

4. Mejor se entiende lo anterior recordando que las conductas constitutivas de infracción han consistido en "el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el Mercado de Valores cuando produzcan una alteración significativa de la cotización y generen daños considerables a los inversores" (99. i) y en la "realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir una 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" (99. s) L.M.V.).

5. Respecto a la infracción tipificada en el Art. 99. i), del expediente resulta que el sostenimiento artificial de las cotizaciones de "S. F., S.A." se realizó durante el primer semestre de 1990 mediante la compra de determinados paquetes de acciones por parte de una serie de entidades que hicieron frente a la tendencia vendedora de títulos con la única finalidad de evitar la caída del valor. De entre todas las entidades que, desde un punto de vista fáctico, adquirieron, coadyuvando por tanto a la práctica mencionada, aparece en primer lugar la propia "S. F., S.A.", que adquiere seiscientos cincuenta mil novecientos ochenta y ocho títulos del total un millón seiscientos ochenta y un mil setecientos sesenta y cinco enajenados en el mercado (folios 327 y 328 de exp. Admtvo.), por lo que parece a todas luces clara la responsabilidad de dicha entidad en la práctica manipuladora. En relación con la infracción del Art. 99 s) L.M.V., igualmente se ha probado que se ha producido durante el ejercicio de 1990 una serie de transacciones sin contenido económico real que solamente se explican en la medida en que han servido a "S. F., S.A." para disimular su verdadero nivel de autocartera, y también para proceder a mantener estable la cotización de sus títulos. La intervención de "S. F., S.A." en las dos infracciones por las que sido sancionadas es objeto de acertada valoración en la resolución desestimatoria del recurso de reposición (fº. Jº. 3º) en la que se afirma sin la adecuada réplica por parte de la recurrente:

"S. F., S.A." dedicó cerca de 6.000.000.000 Ptas. a la realización de operaciones a través de las cuales se alteró la cotización del valor. Dicha alteración se realizó a través de un proceso de ocultación al mercado de las verdaderas características de las sociedades que compraron y vendieron acciones; todas las operaciones que determinaron la cotización del valor fueron realizadas por sociedades instrumentales de personas vinculadas a "S. F., S.A.", que se crearon únicamente con este fin y que desaparecieron una vez cumplido tal objetivo. Todas las sociedades presuntamente independientes y desvinculadas de "S. F., S.A.", según las alegaciones de la recurrente, se constituyeron con capitales cercanos a 100.000 Ptas. y fueron

las que utilizaron los 6.000.000.000 Ptas. que "S. F., S.A." detrajo del patrimonio de sus accionistas para manipular la cotización de las acciones durante el primer semestre de 1990".

6. El motivo carece de fundamento y por ello debe ser desestimado.

[...] "1. En el tercer motivo (fundado en el Art. 95.1.4º de la L.J. y en el que se imputa a la sentencia infracción del Art. 25 CE y del Art. 99 apartados i) y s) se sostiene que la resolución impugnada vulnera el principio "ne bis in idem". A juicio de la recurrente y en contra de lo que se expone en el fº. jº. 7º de la sentencia, no estamos en presencia de dos conductas diferentes, sino que se trata de unos mismos y únicos hechos (el conjunto de las compraventas fraudulentas) que lesionaron dos bienes jurídicos distintos (la libre formación de los precios en el mercado de valores y la transparencia en ese mercado) por cuya razón sólo cabe apreciar la existencia de una sola infracción susceptible de ser sancionada de modo agravado siguiendo la técnica jurídica penal propia del concurso ideal de delitos."

2. El fº. jº. 7º de la sentencia se pronuncia sobre esta cuestión y distingue entre el diverso alcance de las infracciones tipificadas en los apartados i) y s) del citado Art. 99 L.M.V. Dice en tal sentido la sentencia, en lo que aquí interesa:

"La acción infractora subsumida en el Art. 99. i) consiste en desarrollar prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores –con independencia de que tal resultado se alcance, aunque el instrumento utilizado al efecto haya de ser apto para alcanzar la finalidad-, que tales prácticas hayan consistido en compra de acciones no es más que el instrumento utilizado para la realización de la conducta típica, que es tratar de alterar la caída de la cotización, la libre formación de los precios de los valores. No se sanciona la compra de acciones, sino la actuación encaminada a falsear el mercado. En el caso de la letra s) del Art. 99, la sanción no viene determinada por la compra de acciones, sino por la simulación de las operaciones, esto es, la ocultación –el acto mismo de ocultar- la auténtica titularidad en la transferencia de acciones; y ambas acciones son independientes porque puede existir ocultación sin que ello suponga alteración en la formación de los precios, y pueden existir intentos de producir tal alteración sin la concurrencia de la simulación en las operaciones".

Prosigue la sentencia trazando la diferencia entre ambas conductas:

"No se aprecia en el supuesto de autos instrumentalidad entre la ocultación y la conducta tendente a sostener la cotización, ya que la primera deriva de la existencia de sociedades instrumentales operando sobre los valores, y la segunda de la adquisición masiva de valores, que bien pudo realizarse sin las sociedades instrumentales. Tampoco el bien jurídico protegido es el mismo, ni la naturaleza de la infracción coinciden en uno y otro caso, por ello, no puede apreciarse vulneración del principio "ne bis in idem" ni tampoco concurso de infracciones".

Y concluye señalando que:

"A) Resulta adecuada la subsunción en el Art. 99. i) de la Ley, la conducta que, mediante la adquisición masiva de valores, en una operación dirigida y diseñada bajo una voluntad única, se encamina a mantener la cotización de los valores, utilizando al efecto un medio

eficaz – con independencia del resultado- que se observa dado la producción en el número de operaciones sobre títulos.

B) También es adecuada la subsunción en una sola infracción prevista en la letra s) del Art. 99., de la conducta que mediante al creación de sociedades instrumentales, trata de simular la auténtica titularidad en las operaciones realizadas”.

Compartimos los razonamientos de la sentencia y por ello el motivo no puede ser acogido. Aunque las dos actuaciones imputadas a “S. F., S.A.” tengan en común afectar la transparencia del mercado y al principio de igualdad de oportunidades entre los distintos inversores, son comportamientos diferentes que por ello han sido tipificados en distintos apartados del Art. 99 de la L.M.V. En el apartado i) el bien jurídico protegido es el mecanismo o proceso de formación libre de los precios en el mercado, tratando de asegurar la transparencia y la igualdad de oportunidades entre los distintos inversores, cuya conculcación es potencialmente lesiva de los interés de estos así como del sistema financiero en general. En el apartado s) la norma se propone que las personas no oculten el verdadero papel que juegan en la realización de los negocios y que estos no escondan su verdadera naturaleza jurídica. Lo que, pasando de la teoría a los hechos reales, significa afirmar en este caso tipicidad diferenciada del supuesto anterior del de aquellas operaciones que han respondido al propósito de ocultar los niveles de autocartera de “S.F., S.A.” por encima de los límites legales permitidos acudiendo para ello a la simulación de transferencias, utilizando a personas jurídicas interpuestas (es total la vinculación financiera entre “S. F., S.A.” y las otras sociedades mencionadas en el fº. jº. 2º. de la sentencia para conseguir un resultado, la ocultación del nivel de autocartera) fin que, si se hubiera obtenido directamente, habría supuesto la comisión, al menos, de una infracción grave. Consecuentemente, siendo diferentes las conductas, toda vez que, abreviadamente, no es lo mismo ocultar la verdadera identidad de los compradores y vendedores de acciones, que alterar la cotización de un valor, objetivo este último que no requiere la simulación de trasferencias, es conforme a Derecho apreciar la existencia de dos infracciones y por tanto su diferenciada sanción. Por esta razones, no acogemos el motivo tercero”.

[...] “1. En el motivo cuarto (amparado en el Art. 95.1.4º de la L.J. y fundado en la infracción de los Arts. 25 CE y 102 L.M.V.) se mantiene, en síntesis, que, vulnerando el principio de proporcionalidad, se ha impuesto la sanción más gravosa. También se sostiene que, de imponerse la sentencia de multa, debió acudirse al parámetro del beneficio bruto; que, en el supuesto de tomar como parámetro el de los recursos propios, debió partirse de los existentes en la fecha de la imposición de la sanción; y que no cabe basar la sanción impuesta en la especial gravedad de los hechos porque ese presupuesto de gravedad ya ha sido tomado en cuenta por el legislador al reputar como muy graves las conductas tipificadas Art. 99 L.M.V.

2. En el fundamento de derecho tercero de esta sentencia nos hemos ocupado en parte del debate que el presente motivo suscita. Dicho queda por tanto lo que sobre tal extremo afirma la sentencia, cuyos criterios volvemos a compartir. Mas no sin añadir algunas consideraciones complementarias. La sanción de multa impuesta, además de estar prevista en el Art. 102. a) de la L.M.V., lo ha sido en una medida (el 3% de los recursos propios de “S. F., S.A.” en la fecha de la comisión de las infracciones) que no llega al límite máximo, quedándose ligeramente por encima del nivel medio. No es por tanto la más gravosa que cabía imponer. Para la imposición en esa medida se han tomado en cuenta circunstancias previstas en el Art. 14 de la

Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de la Entidades de Crédito, al que remite el Art. 98.1 de la L.M.V. No incurre el acto administrativo, ni la sentencia que lo reputa conforme a Derecho, en la tautología de considerar procedente imponer una sanción en grado por encima del nivel medio porque los hechos constitutivos de infracción muy grave son per se también muy graves. A esa conclusión ha llegado la Administración y la sentencia lo ha considerado conforme a Derecho, tras ponderar: a) que las infracciones sancionadas ponen en peligro los valores o bienes jurídicos de mayor importancia que la L.M.V. protege (la transparencia del mercado y la igualdad de oportunidades; b) las específicas circunstancias que concurren en la sociedad infractora, esto es la estructura de medios de que disponía y su conocimiento del mercado de valores; c) la omisión por parte de "S. F., S.A." de toda actuación tendente a mitigar el daño causado. Todo ello unido al hecho de que ha excluido expresamente imponer la sentencia en su grado máximo para evitar un excesivo perjuicio a terceros de buena fe sin participación directa en la comisión de las infracciones. Finalmente, la procedencia de tomar en consideración los recursos propios al tiempo de la comisión de la infracción y no los de la fecha de la sanción ha sido declarada reiteradamente por esta Sala (así, entre otras, en las SSTs de 4 de marzo y 13 de noviembre de 2002). Hacer lo que la recurrente propone (esto es, tomar en consideración los de la fecha de la sanción) sería tanto como aceptar que quien infringe la Ley disminuyendo en perjuicio de terceros sus propios recursos puede obtener provecho –beneficiarse– de esa disminución que ilícitamente ha causado".

SEXTO.- Desestimados todos los motivos, procede declarar no haber lugar al recurso de casación con imposición de las costas a los recurrentes, pues así lo establece el Art. 102.3 de la Ley Jurisdiccional.

FALLAMOS

No ha lugar a los recursos de casación interpuestos por el Sr. Abogado del Estado en la representación procesal que legalmente ostenta de la Administración General del Estado y por la Procuradora Dña I. F. C. B. en la representación procesal acreditada de la sociedad "Banco C., S.A.", contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 1997 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso – Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso nº 1.785/1993. Con imposición de la costas a los recurrentes.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la Publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo definitivamente juzgado, lo pronunciamos, mandamos y firmamos