

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE JULIO DE 2010

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 72/10

Ponente: Dña. María Isabel Perelló Doménech

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 23 de septiembre de 2009

Fallo: Estimatorio

En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil diez.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de Casación para Unificación de Doctrina número 72/2010, interpuesto por la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 229/07. Han sido parte recurrida Don E.C.P., "D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C.", representados y defendidos por la Procuradora Dña C.Z.L., y la ADMINISTRACION DEL ESTADO representada por el Abogado del Estado

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 229/07, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional dictó Sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009 estimando el recurso promovido por "D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C." y Don E.C.P. contra la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de abril de 2007, sobre las sanciones de multa de 100.000 euros y separación del cargo con inhabilitación que en consecuencia anulaba.

En fecha 9 de octubre de 2009, se dictó auto de corrección de errores materiales en la sentencia de fecha 23 de septiembre de 2009, aclarando la misma en el sentido de que la Resolución anulada de 24 de abril de 2007 lo es la relativa a las infracciones muy graves, no así la Resolución de la misma fecha relativa a las infracciones graves que se confirma.

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia, la representación procesal de la Administración del Estado preparó recurso de casación para la Unificación de Doctrina, y en su escrito de interposición de 10 de noviembre de 2009 lo fundamenta en los siguientes motivos:

Primero: La sentencia impugnada y sentencias que se invocan como términos comparativos de contraste favorables a la posición que sostiene nuestra parte.

Segundo: Relación precisa y circunstanciada de las identidades determinantes de la contradicción alegada.

Tercero: Contradicción entre la doctrina contenida en la sentencia recurrida y la de las sentencias que sirven de término de comparación.

Cuarto: Sobre la doctrina que se considera más ajustada a derecho.

Terminando por suplicar dicte sentencia estimando el recurso de casación para unificación de doctrina, declarando como más acorde a Derecho la de las sentencias alegadas como de contraste, considerando el artículo 42.5.c) Ley 30/1992 aplicable en

los supuestos de procedimiento sancionador en materia de infracciones de mercado de valores, con anulación de la sentencia impugnada y consecuente desestimación del recurso contencioso administrativo de autos.

TERCERO.- Por escrito de fecha 23 de febrero de 2010, "D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C." y Don E.C.P. presentaron escrito de contestación en el que suplicaban, se dicte sentencia declarando: a) la inadmisibilidad del recurso por no darse los requisitos procesales del Art. 96.1 de la L.C.A.; b) En caso de no estimarse la inadmisibilidad no dar lugar al recurso por no reunir los requisitos materiales del artículo 96 de la L.C.A y por ser ajustados a derecho los fundamentos y fallos de la sentencia recurrida.

CUARTO.- Remitidas las actuaciones al Tribunal Supremo, por providencia de 24 de marzo de 2010, se admite a trámite el recurso de casación para la unificación de doctrina.

QUINTO.- Por providencia de 5 de mayo de 2010, se nombró Ponente a la Excm. Sra. Magistrada Doña María Isabel Perelló Domenech, y se señaló para votación y fallo el día 6 de julio de 2010, fecha en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente la Excm. Sra. Doña. María Isabel Perelló Domenech, Magistrada de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso de casación para la unificación de doctrina es interpuesto por el Abogado del Estado contra la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 23 de Septiembre de 2009 (con posterioridad, y a instancia de la parte entonces recurrente, se dicta Auto el 9 de Octubre de 2009 aclarando la Sentencia).

La Sentencia ahora impugnada estima en parte el recurso contencioso-administrativo dirigido por los recurrentes "D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C." y Don E.C.P, contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de Abril de 2007 que desestimó el recurso de reposición deducido por los entonces recurrentes contra la Orden del citado Ministerio de 29 de Enero de 2007 que acordaba imponer diversas sanciones por la comisión de diversas infracciones tipificadas como muy graves en el apartado e) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores. A "D.L.C., A.V. S.A." se le impusieron dos sanciones por importe cada una de ellas de 100.000 Euros, a "I.C.C.J., S.G.C.", una sanción de 50.000 Euros, y a Don E.C.P la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de dirección o administración en cualquier entidad de las previstas en el artículo 84 o en una entidad de crédito por un plazo de seis años.

Asimismo, por Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de la misma fecha, 24 de abril de 2007, se desestima el recurso de alzada formulado por los recurrentes frente a la resolución de la Comisión Nacional de Valores de 29 de Diciembre de 2006. En esta resolución se acordaba la imposición a "D.L.C., A.V. S.A." y a "I.C.C.J., S.G.C.", de sendas sanciones de 6.000 Euros por la comisión de una infracción grave tipificada en el

apartado b) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores. A Don E.C.P, se le impone, en su condición de Presidente y Consejero Delegado de las anteriores entidades, tres sanciones de multa por un importe cada una de ellas de 6.000 Euros.

La conducta que se sancionaba en la primera de las indicadas resoluciones había consistido en "llevar la contabilidad y registros legalmente exigidos con vicios e irregularidades esenciales que impiden conocer su situación patrimonial y financiera". Lo que se sancionaba en la segunda de las resoluciones consistía en "la remisión de la documentación requerida por la CNMV con retraso de dos días".

SEGUNDO.- Para sustentar el recurso de casación para la unificación de doctrina, se aportan por el Abogado del Estado dos Sentencias de contraste: La primera es la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, dictada por la misma Sección Sexta de la Audiencia Nacional de 21 de Enero de 2008, que desestimó el recurso contencioso-administrativo promovido en parte por los mismos recurrentes en la instancia, "I.C.C.J., S.G.C.", y Don E.C.P contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda que había impuesto a la primera entidad, "I.C.C.J., S.G.C." una multa por importe de 12.000 Euros por la comisión de una infracción muy grave de las recogidas en la letra q) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, consistente en la realización de actividad de financiación sin contar con habilitación. La misma infracción se aprecia respecto de Don E.C.P., al que, por el mismo ilícito, se le impone una multa de 6.000 Euros.

En esta sentencia de contraste, y ante la alegación de caducidad del expediente sancionador la Sala considera en el fundamento jurídico cuarto, que en el cómputo del plazo correspondiente es de aplicación la previsión de suspensión contemplada en el artículo 45.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Esto es, toma en consideración que para el supuesto de que deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución, la suspensión se produce entre el tiempo que medie entre la petición -que debe notificarse al interesado- y la recepción del informe, plazo que no puede exceder de tres meses. Los términos en los que se expresa la Sala son los siguientes:

"Pero todavía debe tenerse en cuenta en el cómputo del plazo de prescripción que el artículo 42.5 de la LRJPAC contempla la posibilidad de suspender el plazo máximo legal para resolver un procedimiento en los casos que describe, entre los que se encuentra en la letra d) el supuesto de que deban solicitarse informes que sean preceptivos y determinantes del contenido de la resolución a órgano de la misma o distinta Administración, en cuyo caso la suspensión se producirá por el tiempo que medie entre la petición, que deberá notificarse a los interesados, y la recepción del informe, sin que este plazo de suspensión pueda exceder de tres meses."

La Sentencia, finalmente, basándose en que la resolución sancionadora se emite en plazo y tras rechazar el resto de argumentos esgrimidos, desestima el recurso contencioso deducido.

La otra Sentencia de contraste que se aporta es la dictada por esta Sala Tercera el 18 de Octubre de 2006 en el recurso de casación formulado contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 8 de marzo de 2000 que sancionaba a la entidad y personas entonces recurrentes, por la comisión de una infracción muy grave del apartado q) del artículo 99 en relación con el punto 6 del artículo 64 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, a sendas multas.

La parte recurrente basaba su motivo casacional en negar eficacia interruptiva a los acuerdos de ampliación o prórroga de los plazos que reconocía la Sentencia de instancia. Y al hilo de esta alegación, consideramos que la previsión contenida en el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de Noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, era de aplicación supletoria a los efectos de la determinación del plazo de caducidad del expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que concluyó con una sanción del Ministerio de Economía y Hacienda. Los términos de nuestro razonamiento fueron los siguientes:

"Esto es lo que sucedió en el caso de autos, a lo que hay que unir el hecho, asimismo relevante, de que, además de la ampliación de plazos parciales antes referida, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó el 15 de diciembre de 1999 suspender por tres meses el procedimiento haciendo uso de la previsión contenida en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992. Este precepto permite que el plazo máximo legal para resolver el procedimiento se suspenda hasta por tres meses para solicitar informes preceptivos y determinantes. Como quiera que el artículo 23 de la Ley 24/1988 disponía que el Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores había de informar preceptivamente antes de la imposición de sanciones por infracciones muy graves, y su informe podría ser determinante del resultado final, la suspensión fue conforme a derecho. Frente a lo que afirma la recurrente, cuando esta suspensión se acordó el procedimiento no se encontraba ya caducado, pues los plazos parciales de los diferentes trámites habían sido ampliados en el modo ya dicho."

TERCERO.- Previamente al examen del fondo, debemos analizar si, como sostiene la parte recurrida, el presente recurso debe decaer por no cumplirse los presupuestos del artículo 96.1 de la Ley Jurisdiccional. Y ello por tratarse de Sentencias provenientes de distintos órganos judiciales, al no ser idénticos los litigantes ni estar en la misma posición, al no concurrir la identidad sustancial de hechos fundamentos y pretensiones enjuiciados en la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ahora impugnada, diferentes a los que dieron lugar a las Sentencias de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional y los enjuiciados en la Sentencia de este Tribunal Supremo que se ofrecen como contraste.

En la Sentencia de esta Sala de 12 de Marzo de 2009, (recurso de casación para la unificación de doctrina numero 309/2004), sintetizamos los requisitos determinantes de la viabilidad de este recurso y decíamos que se condiciona, en primer lugar, a que respecto de los mismos litigantes u otros diferentes en idéntica situación y, en mérito a hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales, se hubiere llegado a pronunciamientos distintos (art. 96.1 LJCA), por lo que debe producirse la contradicción

entre sentencias determinadas en las que concurra la llamada triple identidad: subjetiva porque las sentencias que se oponen como contrarias afectan a los mismos litigantes o a otros diferentes en idéntica situación; fáctica o relativa a los hechos fijados en la sentencia impugnada y la invocada como contraste; y jurídica referente a las pretensiones ejercitadas en uno y otro proceso, de manera que, dada su analogía, desde el punto de vista de la aplicación del ordenamiento jurídico, reclamen una solución de idéntico sentido.

En segundo lugar, es necesario que exista la infracción legal que se imputa a la sentencia recurrida y que tal infracción constituya el objeto de la contradicción entre sentencias. En virtud de ello, es preciso establecer cuál de los criterios opuestos que han mantenido los tribunales es el correcto, porque en función de esta decisión se habrá de estimar o desestimar el recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que no basta con apreciar la contradicción para llegar a dar lugar al recurso (STS 24 de octubre de 1996). Sólo cuando se concluya que el criterio acertado es el de la sentencia antecedente se dará lugar al recurso, no en cambio si la tesis correcta es la contenida en la sentencia que se impugna» [entre las últimas, Sentencias de 4 de marzo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 62/2004), FD Quinto, y de 20 de mayo de 2008 (rec. cas. para la unificación de doctrina núm. 72/2003), FD Tercero].

Pues bien, el planteamiento que realiza el Abogado del Estado es suficiente para que pueda prosperar el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, ya que entre la Sentencia que ahora se impugna y las indicadas Sentencias de contraste concurre y cabe apreciar la triple identidad de hechos, fundamentos y pretensiones exigida por el artículo 96.1 LJCA. Las pretensiones deducidas en los diferentes recursos son sustancialmente iguales e incluso coinciden en parte los sujetos recurrentes en la Sentencia impugnada, ("D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C." y Don E.C.P.) y la de contraste dictada por esta misma Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ("I.C.C.J., S.G.C." y Don E.C.P.). La diferencia que se aprecia entre los supuestos enjuiciados radica exclusivamente en que se trata de diferentes tipos de infracción de un mismo precepto sancionador -artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores-. No obstante, el núcleo de la divergencia entre las sentencias opuestas se refiere al mismo tema, la interpretación sobre la aplicación supletoria del artículo 45.2 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en supuestos de expedientes sancionadores tramitados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores por el cauce del Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros.

Como decíamos, aún cuando las infracciones sancionadas en cada uno de esos supuestos son diferentes y están tipificadas en apartados distintos, es incuestionable que se trata de la diferente aplicación del mismo texto legal, las normas sancionadoras del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores y, fundamentalmente -pues aquí reside la invocada contradicción- la aplicación e interpretación de las normas reguladoras del procedimiento sancionador contempladas en el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados Financieros, y la supletoriedad de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, respecto a la anterior.

Esto determina que pueda apreciarse la identidad a la que se refiere la Ley Jurisdiccional y, por consiguiente, que este recurso de casación para la unificación de doctrina cumpla los requisitos contemplados en el artículo 96 de la Ley Jurisdiccional, en la medida en que, como acertadamente señala el Abogado del Estado, existe la contradicción por él alegada entre la Sentencia impugnada y las que se citan de contraste.

Téngase en cuenta que la finalidad de este medio de impugnación no consiste en uniformar la interpretación normativa en general, es simplemente, un remedio extraordinario arbitrado por el legislador para anular sentencias pero solo si estuvieran en contradicción con otras de Tribunales homólogos o con otras del Tribunal Supremo y evitar que supuestos sustancialmente idénticos sean resueltos de modo distinto, fijando la doctrina legal al hilo de la cuestión controvertida (STS de 10 de febrero de 1999).

CUARTO.- La doctrina contenida en la Sentencia impugnada aborda la cuestión relativa a "la interrupción del plazo para resolver por petición de informes", esto es, la posibilidad de suspensión del procedimiento sancionador tramitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores por razón de la solicitud de informe preceptivo (ex artículo 97.1.c) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores) al Comité Consultivo de dicho organismo, todo ello al amparo del artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Razona la Sentencia de instancia que la específica norma reglamentaria sancionadora en materia de Mercado de Valores, el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, guarda silencio sobre la posibilidad de suspender el procedimiento, y examina si el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es de aplicación, como supletorio al procedimiento sancionador que se examina. En su análisis la Sala razona en los siguientes términos:

"[...] Decíamos que el artículo 42.5 .c) regula los supuestos de suspensión del plazo para la tramitación de los procedimientos administrativos, y lo hace bajo la rúbrica TÍTULO IV. DE LA ACTIVIDAD DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS. CAPÍTULO I. NORMAS GENERALES. Se trata por ello de una norma general, que ha de ceder ante las especialidades previstas en los procedimientos de tal índole.

Y precisamente en el procedimiento sancionador, la suspensión del procedimiento viene circunscrita a los supuestos del artículo 5 y 7 del Real Decreto 1398/1993, además de las dilaciones imputables a los interesados, como antes señalamos. Quiere ello decir que el silencio de la norma especial ante la posibilidad de suspender un procedimiento sancionador para la petición de informes, no responde a un vacío legal, sino a la exclusión de la suspensión por tal causa. Efectivamente, la regulación especial establece concretas causas de suspensión, lo que excluye la aplicación de las genéricas.

Este planteamiento encuentra sentido si atendemos a que las garantías de los administrados son superiores en el procedimiento sancionador que en los procedimientos generales, dado que las potestades sancionadoras suponen una intromisión de mayor intensidad en la esfera jurídica de los particulares, son represivas

y cercanas a la potestad penal, y por ello requieren de un más intenso control legal en su ejercicio.

De lo expuesto hemos de concluir, que el procedimiento sancionador que nos ocupa no establece suspensión del mismo para petición de informe, y así hemos de concluir que el procedimiento superó el plazo de duración que le venía señalado y en consecuencia caducó. La Resolución adolece de un vicio de anulabilidad por haber sido dictada en un procedimiento caducado y la caducidad ha de desplegar todos su efectos legales incluso en el ámbito de la prescripción."

Frente a estos razonamientos, como hemos expuesto, las Sentencias de contraste, de la propia Audiencia Nacional (de la misma Sección) y de esta Sala Tercera consideran, de forma coincidente, que el artículo 42. 5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya aplicación supletoria admiten en procedimientos sancionadores derivados de la Comisión del Mercado de Valores, permite que el plazo máximo legal para resolver un procedimiento se suspenda hasta por tres meses para solicitar informes preceptivos y determinantes. Así se afirma de manera clara en los párrafos de las Sentencias de contraste que parcialmente hemos transcrito.

Pues bien, no compartimos la doctrina expuesta en la Sentencia impugnada que entiende que el artículo 42.5 c) de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es una norma de carácter general que no resulta aplicable en atención a los singulares y específicos supuestos de suspensión previstos en el Real Decreto 2119/1993 de los procedimientos sancionadores derivados de la Ley del Mercado de Valores. Consideramos, por el contrario, y según razona el Abogado del Estado, que ello no es así porque, entre otras razones, ha de recordarse que la propia estructura de la ley 30/1992 distingue un Título VI, bajo el epígrafe "Disposiciones generales de los procedimientos administrativos", y una serie de Títulos VII a IX, que contienen reglas específicas de procedimientos especiales. De suerte que el Título VI es de aplicación con carácter general a todos los procedimientos, sin perjuicio de las reglas específicas y no, como interpreta la Sentencia recurrida en casación, sólo en defecto de norma específica.

Es más, el razonamiento de la Sentencia recurrida supone que el artículo 42.5 de la Ley 30/1992 es desplazado por el mero silencio -que considera exclusión- de la norma reglamentaria, que, por su propio carácter infralegal está subordinada a las normas con rango de Ley, entendimiento que consideramos como erróneo. En efecto, el Título IX de la Ley 30/1992 está formado por dos capítulos diferentes y es el segundo (Capítulo II) el que contiene los "Principios del procedimiento sancionador". Pues bien, ninguna de sus reglas se refiere a la duración del procedimiento sancionador luego no puede entenderse que ese Título IX exista ninguna regla específica que desplace la aplicación del artículo 42,5 de la Ley 30/1992.

La interpretación sistemática de los preceptos en conflicto conduce a la misma conclusión. Por un lado, la redacción del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, proviene de la reforma que de la misma realizó la Ley 4/1999, de

13 de enero, que modifica los artículos 42, 43 y 44 de la mencionada Ley 30/1992 es posterior al Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, de manera que la norma reglamentaria anterior no deja sin efecto o desplaza la ulterior de rango legal, sólo por no prever específicamente dicha causa de suspensión. Por otro lado, el Real Decreto 1398/1993, en su artículo 20.6 se remite al artículo 43.4 de la Ley 30/1992, -que después de la reforma de la Ley 4/1999, del 13 de enero, ha quedado en el vacío por cuanto el indicado artículo 43.3 ya no se refiere al plazo de caducidad y ha de entenderse hecha al artículo 42 -.

El entendimiento lógico y razonable de los preceptos en cuestión lleva a concluir que la correcta interpretación de la controversia es la contenida en las Sentencias de contraste, es decir, que el artículo 42.5 c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, es aplicable en los supuestos de procedimiento sancionador en materia de infracciones de mercado de valores y, en consecuencia, constituye un supuesto de suspensión del plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar la resolución.

QUINTO.- Estimado el recurso de casación para unificación de doctrina, hemos de revocar la Sentencia impuesta y resolver las cuestiones según fueron planteadas en la instancia. Si bien nuestro pronunciamiento ha de ceñirse a la impugnación de las infracciones muy graves, pues las de carácter grave, en cuanto no ha sido objeto de recurso de casación, devinieron firmes.

Pues bien, en el escrito de demanda se plantean, en síntesis, cinco diferentes motivos de nulidad de las resoluciones impugnadas, a las que se añade, por último, en relación a las sanciones, la vulneración del principio de proporcionalidad.

En la primera de las alegaciones planteadas en la demanda se sostiene la caducidad del procedimiento sancionador, alegación que fue acogida por el Tribunal de instancia con fundamento en la doctrina expuesta -que ya hemos declarado errónea- de la inaplicabilidad de la suspensión del procedimiento sancionador ex artículo 42.5 de la Ley Jurisdiccional.

El examen de lo actuado en el procedimiento sancionador permite establecer los siguientes hitos. El Acuerdo de incoación del expediente sancionador por parte del Comité Ejecutivo de la Comisión del Mercado de Valores se adopta el día 11 de julio de 2005. Una vez acordada la ampliación del plazo de tramitación por seis meses, por acuerdo del Consejo de 13 de junio de 2006, y concluida la instrucción se remite la propuesta de resolución al Consejo de la Comisión del Mercado de Valores el día 13 de noviembre de 2006. El 16 de noviembre siguiente, el Comité Ejecutivo de la Comisión mencionada acuerda solicitar el informe preceptivo contemplado en el apartado c) del artículo 97 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores. Una vez emitido el dictamen el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por resolución de 29 de diciembre de 2006 resuelve el expediente sancionador en el ámbito de sus competencias -infracciones graves y sobreseimientos- y de conformidad con el artículo 97.1 de la Ley anteriormente citada, acuerda remitir el expediente, junto con la propuesta de resolución sancionadora por infracción muy grave al Ministro de Economía y Hacienda, el cual dicta resolución sancionadora el 29 de enero de 2007.

Pues bien, atendiendo a la doctrina fijada en el anterior fundamento, y al entender que es de aplicación la previsión del artículo 42.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hemos de rechazar la anterior alegación de caducidad del expediente sancionador, por cuanto la solicitud del informe preceptivo ex artículo 97.1.c) de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, de Mercado de Valores, al Comité ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores determinó la suspensión del plazo para dictar la correspondiente resolución. Por lo expuesto, debemos desestimar el aludido motivo impugnatorio.

SEXTO.- En segundo lugar se sostiene la nulidad de las resoluciones impugnadas por cuanto el órgano competente ha omitido el examen y toda respuesta de las alegaciones y documentos aportados por el entonces recurrente Don E.C.P. en nombre propio y como Consejero Delegado del "D.L.C., A.V. S.A.", e "I.C.C.J., S.G.C." en su escrito de 25 de Octubre de 2006, presentado respecto a la propuesta de resolución sancionadora, escrito que parcialmente transcribe a lo largo de la demanda, y respecto al cual alega que no ha sido considerado por el órgano sancionador.

Se sostiene en la demanda que la Orden sancionadora de 29 de enero de 2007 ha transcrito literalmente la propuesta de resolución de los Instructores del expediente de 14 de septiembre de 2006 sin hacer alusión al escrito de alegaciones presentado el 25 de octubre de 2006 al que se acompañaban ciertos documentos, y lo mismo sucede respecto a la resolución de 24 de abril de 2007. Se afirma que no se ha considerado tal escrito que se compone de 86 páginas, de manera que se ha despreciado el contenido del mismo, y en definitiva se aduce que la omisión de la valoración de las alegaciones vertidas vulnera el artículo 24 CE.

No cabe acoger la tesis actora referida a la vulneración del principio de audiencia previsto en el artículo 105 a) CE o sobre indefensión material. Por un lado, cabe resaltar que el recurrente ha tenido diversas ocasiones de formular las alegaciones que ha considerado oportunas a sus intereses a lo largo del procedimiento (alegaciones al Pliego de cargos, presentadas el 22 de agosto de 2005 y documentación, folios 578 a 696, escrito de alegaciones de 9 de mayo de 2006, folios 001516 al 001992, a los que se acompañaba documentación) alegaciones que se formulan antes de la propuesta de resolución de 14 de septiembre de 2006 (Folios 14.453 a 14.530).

Pues bien, un análisis comparativo de los escritos de alegaciones presentados permite deducir que una vez que se dicta la propuesta de resolución, los recurrentes aun cuando formalmente presentan un nuevo escrito, en lo sustancial reiteran las alegaciones antes expuestas. Así se observa que en el escrito supuestamente no examinado, en lo referido a las incidencias e incertidumbres sobre los saldos con intermediarios financieros y sobre los movimientos de las cuentas corrientes, se reproducen literalmente las anteriores consideraciones del escrito de 9 de mayo de 2006, y así ocurre en lo sustancial en relación con el resto de los apartados en los que se reproducen las alegaciones formuladas al Pliego de cargos.

De manera que con independencia de algún extremo accesorio, en el escrito citado como omitido y que se reproduce en el escrito de demanda no se aporta ningún nuevo

elemento relevante de defensa que no haya sido tratado y analizado, en esencia, en la resolución sancionadora. Esta reiteración de las anteriores alegaciones determina que dado que no se aportaron distintos argumentos a los ya hechos valer, la Administración emitió una respuesta global, pero detallada y exhaustiva, a los argumentos ofrecidos en defensa en línea de lo ya recogido en la propuesta de resolución sancionadora. A lo que hay que añadir el posterior recurso de reposición y la respuesta emitida por la Administración.

Como decimos, la apreciación conjunta de la tramitación del expediente permite descartar la infracción del principio de audiencia o la concurrencia de indefensión material, pues ciertamente, se han valorado las alegaciones básicas reiteradas por los recurrentes a lo largo del procedimiento, que se examinan de forma expresa, pormenorizada y detallada en la resolución sancionadora dictada, como seguidamente se expondrá. La mera semejanza entre la propuesta de resolución sancionadora y la resolución finalmente recaída no determina, como se pretende, la quiebra del principio de audiencia ni la existencia de indefensión material atendiendo a los términos en que se plantea el tantas veces citado escrito de alegaciones de 25 de octubre de 2006 y la respuesta conjunta y minuciosa ofrecida en la Orden sancionadora recurrida.

Por otra parte, frente a lo afirmado en la demanda, la lectura de la resolución sancionadora y la posterior desestimatoria del recurso de reposición permite concluir que el órgano sancionador valoró y tomó en consideración las diferentes alegaciones vertidas por los recurrentes en la tramitación del expediente sancionador. Singularmente, se hace referencia al mencionado escrito de alegaciones en el antecedente cuadragésimocuarto de la resolución sancionadora, en la que se indica expresamente que dicho escrito "es objeto de consideración en la presente resolución". Por lo demás, en los apartados quinto a octavo de los fundamentos jurídicos de la resolución sancionadora se analizan, separadamente, las diferentes alegaciones suscitadas respecto a cada uno de los recurrentes. Así observamos, que respecto a las alegaciones de "I.C.C.J., S.G.C." (la Agencia) -a la que se imputa la llevanza de su contabilidad y registros legalmente exigidos con vicios e irregularidades esenciales que impiden conocer su situación patrimonial y financiera de la entidad, que se examinan las tres alegaciones reseñadas- el órgano sancionador realiza una serie de precisiones respecto a las "incidencias e incertidumbres sobre los saldos con intermediarios financieros y sobre los movimientos en las cuentas corrientes de su titularidad", distinguiendo en este apartado las alegaciones referidas a la falta de conciliación de la cuenta abierta por la agencia en la entidad BBVA, entre el saldo contabilizado por la Agencia que asciende a 169,30 Euros y el confirmado por la entidad de crédito que ascendería a 16.158,60 Euros, a la falta de justificación documental en las cuentas de efectivo por valor de 48.000 Euros y, por último, la falta de separación entre las cuentas de efectivo de la Agencia y las de los clientes. Todas estas cuestiones se tratan y responden, como hemos indicado, de forma expresa a lo largo del apartado I del fundamento quinto, dándose respuesta pormenorizada y detalladas a las cuestiones expuestas.

En el apartado siguiente (apartado II) se analizan las "incertidumbres sobre la materialidad y titularidad del inmovilizado inmaterial". En este se incluye lo referido a la falta de acreditación fehaciente de la titularidad de dos activos de su inmovilizado

material; en concreto, se examinan las alegaciones sobre dos plazas de garaje, numeradas como 167 y 168 sitas en la finca Bases de Manresa- que son rechazadas motivadamente, al entender el órgano sancionador que -con independencia de si las compraventas figuren en contrato privado o escritura pública- no son utilizados para el desarrollo de la actividad de la Agencia, o por figurar como entidades compradora y vendedora empresas del grupo y su reventa al vendedor original en contrato privado, circunstancias que sustentan la incertidumbre detectada sobre los inmuebles y determinan el rechazo de las alegaciones esgrimidas al respecto. En el tercer apartado (III) se abordan las "deficiencias en el registro y acreditación de la actividad de asesoramiento", rechazándose, de igual modo, las alegaciones formuladas por la recurrente sobre la inexistencia de motivos para dudar sobre la razonabilidad del registro de esta cuenta de ingresos, en particular, a la alegación de que de las circularizaciones se desprende que el 84,75% de los clientes haya dado su conformidad con los importes facturados y por otro lado, a que la actividad de asesoramiento desarrollada por la Agencia no requiere que se formalice en contrato suscrito con los clientes, al no existir norma al respecto. Se razona por el órgano sancionador sobre la base de las obligaciones genéricas del artículo 25 del Código de Comercio, la inexistencia de documento contractual que justifique la relación de asesoramiento con los clientes y la ausencia de un registro que permita conocer los clientes asesorados, la falta de documentación sobre la naturaleza y alcance del servicio de asesoramiento, la base del cálculo de los ingresos y su devengo, elementos que impiden determinar la naturaleza real de los ingresos contabilizados como asesoramiento financiero y su correcta contabilización. Finalmente, en los apartados V, VI y VII del fundamento jurídico Quinto de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda se analizan las alegaciones planteadas por "I.C.C.J. S.G.C." referidas al cumplimiento del coeficiente de liquidez, de recursos propios y en relación con las deficiencias de los registros sobre la actividad de comercialización de fondos extranjeros, alegaciones, todas ellas que son motivadamente rechazadas.

La argumentación expuesta por la Gestora en relación al cargo que le es imputado, consistente en la "llevanza de su contabilidad y registros legalmente exigidos con vicios o irregularidades esenciales que impiden conocer la situación patrimonial y financiera que presenta la entidad", se analizan en el fundamento jurídico séptimo de la resolución impugnada. Se examina la alegación sobre la insuficiencia e inadecuación del soporte documental de activos por valor de 229.000 Euros, las deficiencias en el registro y acreditación de la actividad de asesoramiento y por último, respecto al cumplimiento del coeficiente de recursos propios. En cada uno de estos subapartados se realizan una serie de precisiones que determinan la inviabilidad de las tesis expuestas por la citada Gestora, con un análisis pormenorizado del registro de la cuenta de ingresos, de las diferentes partidas del activo del Balance (por importe de 217.000 Euros), y los ajustes realizados a los resultados entre otras, que llevan a la conclusión de que las incertidumbre advertidas -sobre la actividad de asesoramiento, en el cumplimiento del coeficiente de recursos propios- no hayan sido despejadas ni por las manifestaciones vertidas por la Gestora ni por la documentación aportada junto al escrito de alegaciones.

Por último, y por lo que aquí interesa, en el fundamento jurídico noveno se aborda el cargo imputado a "I.C.C.J., S.G.C.". en su condición de entidad obligada del grupo contable, en concreto, la llevanza de la contabilidad y registros legalmente exigidos del

grupo con vicios o irregularidades esenciales que impiden conocer la situación patrimonial y financiera. Se examina en esta ocasión la justificación ofrecida por la recurrente en relación a activos registrados como inmovilizado no financiero -apartado I a.1) - a.5)- respecto a las parcelas identificadas como 1 y 2 y el compromiso de compraventa, activos de los edificios Lancaster y La Regata, al anticipo de solar "Rockdale", a las existencias "Tres Turons" y a los activos "Sueños Denia IV ático A7" y "Sueños Denia IV B4P8", entre otros hechos, en relación con los activos registrados como inmovilizado material por un valor en balance de 74.000 Euros y respecto a los activos registrados como gastos de establecimiento y respecto a los activos registrados por Tesorería por valor de menos de 8.000 Euros, alegaciones que son individual y específicamente rechazadas en la resolución impugnada, acudiendo a los diversos datos y elementos documentales incorporados al expediente.

Por lo que se refiere a las afirmaciones contenidas en el recurso de reposición, observamos que en la correspondiente resolución desestimatoria, dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 24 de Abril de 2007, se resumen las alegaciones formuladas en el recurso que se sintetizan en los apartados a), b), c) -que cuenta con tres subapartados- y d). Pues bien, tras este resumen de las manifestaciones vertidas en los escritos de los recurrentes se aborda cada una de estos argumentos defensivos y se hacen una serie de consideraciones que responden motivadamente a las correlativas tesis expuestas, concluyendo, de forma razonada, que ninguna de las alegaciones vertidas ha venido a desvirtuar los hechos por los que se sanciona a los recurrentes que se subsumen en el tipo infractor muy grave.

En fin, la resolución sancionadora dictada motiva y expone las razones por las que considera a los recurrentes incurso en el ilícito administrativo y el denunciado silencio respecto del contenido de un concreto escrito de parte no presenta fundamento, vistos los términos en que se pronuncia la resolución sancionadora y la ulterior desestimatoria de la reposición que no se traduce en indefensión material para el recurrente, quien ha obtenido una respuesta suficiente a sus alegatos, ha conocido los motivos de su rechazo y ha podido impugnar la decisión adoptada, con plenitud de medios, en el correspondiente recurso contencioso administrativo.

SÉPTIMO.- Los restantes motivos impugnatorios tampoco pueden ser acogidos. Por lo que se refiere a la vulneración de la presunción de inocencia cabe destacar que del examen de lo actuado en el expediente administrativo se desprende la existencia de una numerosa prueba documental en la que se contienen los elementos inculpatórios tomados en consideración por el órgano competente para apreciar la infracción respecto a los recurrentes y, consecuentemente, acordar la imposición de las oportunas sanciones. Los recurrentes se limitan a discrepar de las incidencias, irregularidades e incertidumbres advertidas y de la valoración respecto a las diferentes partidas, activos, saldos, bienes y cuentas analizadas por los Instructores del expediente y que posteriormente se asumen en la Orden impugnada, cuya valoración no ha sido convenientemente desvirtuada ni en el proceso administrativo ni tampoco en el recurso contencioso administrativo en el que se ha incorporado prueba documental que no desvirtúa ni contradice los datos ni las sólidas y razonables conclusiones sobre las que se asienta la resolución sancionadora. Ello permite constatar que ha existido un material probatorio suficiente que sustenta el pronunciamiento sancionador, de cuya

ponderación discrepan los recurrentes que se limitan a ofrecer su subjetiva versión de los hechos, reproduciendo las alegaciones propias a la resolución sancionadora, razones por las que la queja no puede ser acogida.

Tampoco presenta relevancia la invocación de los principios de culpabilidad y tipicidad. Respecto al primero de los indicados, se afirma que el retraso en la remisión de la oportuna documentación fue originada por un mero error en un empleado y en el propio auditor y que la vulneración tiene lugar "por no ser los hechos reales constitutivos de ninguna infracción" planteamiento que evidencia que bajo la cita del aludido principio exclusivamente se alude a una actuación equivocada de terceras personas - alegación a todas luces irrelevante como se razona en la resolución sancionadora- y discrepa de la valoración del conjunto de los elementos probatorios realizada por el órgano competente, sin aportar el necesario desarrollo argumental sobre la eventual ausencia de culpabilidad en las actuaciones consideradas como infracción. La acreditada condición del recurrente en los hechos deriva de su condición de Presidente del Consejo y Consejero Delegado de las entidades que se mencionan, así como por el carácter ejecutivo de su cargo y responsable de la gestión ordinaria, del que deriva el deber de diligencia en el cumplimiento de los deberes inherentes a dicho cargo. Igual ocurre con la tipicidad, principio que se invoca de forma retórica en la demanda en la que se omite la debida exposición de las razones que justificarían su quiebra.

Finalmente se aduce la infracción del principio de proporcionalidad. Respecto de las sanciones impuestas se esgrime que en la Orden impugnada no se han tomado en consideración los diferentes criterios de graduación contemplados en el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Se reivindica en la demanda que se califiquen todas las infracciones como leves, y que se reduzca la sanción a amonestación privada o multa de 1.500 Euros para cada una de los recurrentes. Para ello se argumenta que debieron de tomarse en consideración otras circunstancias, como la naturaleza y la entidad de la infracción, la gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado, las ganancias obtenidas como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de infracción, la importancia de la entidad de crédito correspondiente, las consecuencias desfavorables para el sistema financiero o la economía nacional, el haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa. Se añade que debió considerarse como atenuante, en el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que hayan concurrido para alcanzar el nivel legalmente exigido y por último la anterior conducta en relación con las normas de ordenación y disciplina, atendiendo a las sanciones impuestas en los últimos cinco años.

Pues bien, en la Orden Ministerial recurrida se subsumen razonada y razonablemente los hechos en el ilícito administrativo muy grave y se toman en consideración diferentes factores para la determinación de la sanción, como la inexistencia de beneficios como consecuencia de las infracciones o perjuicios para los clientes, así como la escasa importancia de las entidades expedientadas en función del importe de su balance. Se aprecian como circunstancias agravantes la previa condena por una falta grave al igual que la gravedad del riesgo ocasionado. Lo anterior pone de manifiesto que en la individualización de la sanción se han ponderado diferentes circunstancias, agravantes y atenuantes, con arreglo a los parámetros establecidos en la Ley, planteando los recurrentes una distinta valoración y graduación de las circunstancias desde su subjetiva

perspectiva, esto es, que en su opinión, debió realizar el órgano sancionador. Dicha tesis no puede ser acogida pues no se acredita que en la valoración contenida en la Orden impugnada no se hayan tratado adecuadamente los diferentes elementos de graduación o que hayan supuesto la infracción del principio de proporcionalidad. En lo que se refiere al recurrente don E.C.P. se toma en consideración su condición de Consejero Delegado de las entidades mencionadas y su singular responsabilidad en el cumplimiento de la normativa contable, refiriéndose las alegaciones esgrimidas a una interpretación favorable de su intervención que no justifica objetivamente la interesada reducción de la sanción impuesta.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional no concurren las circunstancias legales para la imposición de costas ni en la instancia ni en la casación. Por lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del pueblo español, nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- HA LUGAR al recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el ABOGADO DEL ESTADO contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de fecha 23 de septiembre de 2009, en el recurso 229/2007, cuya sentencia revocamos.

SEGUNDO.- Desestimamos el recurso contencioso administrativo deducido por "D.L.C., A.V. S.A.", "I.C.C.J. S.G.C." y don E.C.P., contra la resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 24 de abril de 2007, ya descrita en el primer fundamento de derecho de esta Sentencia.

TERCERO.- Sin imposición de costas, ni en la instancia ni en la casación.

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.