

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1291/98
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto impugnado: Sentencia de 21 de octubre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a cuatro de abril 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 número 1291/1998 interpuesto por "C. A., S.A.". representada por el Procurador Don G. G. M. H., contra la sentencia dictada con fecha 21 de octubre de 1997 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 1592/1993, sobre infracción en materia de mercado de valores; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- "C. A., S.A." (antes "E., S.B.V., S.A.") interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 1592/1993 contra la resolución del Ministerio de Economía de 19 de Abril de 1993 que confirmo en reposición las siguientes sanciones:

- Por la comisión de una infracción muy grave comprendida en el artículo 99. l) en relación con el artículo 71.j), de la Ley 24/1988, una sanción económica de 108.558.106 pesetas.

- Por la comisión de una infracción muy grave comprendida en el artículo 99.l), en relación con el artículo 71.j), de la Ley 24/1988, una sanción económica de 21.810.000 pesetas.

- Por la comisión de una infracción muy grave comprendida en el artículo 99.s), una sanción económica de 18.260.000 pesetas.

- Por la comisión de una infracción muy grave comprendida en el artículo 99.i), una sanción económica de 18.260.000 pesetas.

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 10 de febrero de 1994, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia *"en la que, con estimación del presente recurso, se declare la nulidad de la resolución impugnada por no ser conforme a Derecho"*. Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito e 18 de mayo de 1994, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia *"desestimando la misma y declarando la validez del acto administrativo impugnado. Con imposición de costas"*.

CUARTO.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 22 de noviembre de 1994 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 21 de octubre de 1997, cuya parte dispositiva es como sigue: *"FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recursos contencioso-*

administrativo interpuesto por la representación procesal de "C. A., S.A." contra la Orden dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el 19 de Abril de 1993, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas".

QUINTO.- Con fecha 27 de Febrero de 1998 "C. A., S.A."interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 1291/1998 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

1).- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y su jurisprudencia.

2).- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción de la doctrina legal interpretativa del artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3).- Al amparo de artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, por infracción de los artículo 24.2 de la Constitución y 137.1 de la Ley 30/1992, de 26 Noviembre.

SEXTO.- El Abogado del Estado presento escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 28 de enero de 2003 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 27 de marzo 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 21 de octubre de 1997, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "C. A., S.A." (antes "E., S.V.B., S.A.") contra las resoluciones administrativas antes reseñadas que impusieron a esta última sociedad cuatro sanciones económicas por la comisión de sendas infracciones muy graves comprendidas en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

En concreto, la Orden dictada el 19 de abril de 1993 por el Ministerio de Economía y Hacienda desestimó el recurso de reposición interpuesto por "E., S.V.B., S.A." contra otra resolución del mismo Ministerio de 11 de enero de 1993, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se impusieron las sanciones pecuniarias reseñadas en el primero de los antecedentes de hecho.

SEGUNDO.- El recurso de casación se limita a censurar la sentencia de instancia exclusivamente en cuanto al extremo de ésta en que la Sala consideró ajustado a derecho el importe de dos de las cuatro sanciones de multa. No hay debate, pues, ni sobre la comisión de los hechos ni sobre la antijuricidad de las conductas, ni sobre su tipicidad, ni sobre la culpabilidad de la persona jurídica sancionada, ni sobre el grado (medio) en que se fijó la sanción pecuniaria, dentro de los legalmente posibles.

La discrepancia de la parte recurrente se centra en la cuantía del beneficio que obtuvo "E., S.V.B., S.A." como resultado de las operaciones constitutivas de dos de las cuatro infracciones, ambas consistentes en la negociación por cuenta propia con el titular de los valores objeto de gestión. Dado que la cuantía de las multas correspondientes se fijó en el duplo de los beneficios obtenidos (podía haber ascendido al quíntuplo, según la Ley), considera la recurrente que, habiéndose sobrevalorado la cifra de beneficios apreciada, resulta asimismo excesivo el monto de las dos sanciones pecuniarias impuestas.

El exceso consistiría en haber tomado como base para la imposición de las multas, estos es, como cuantía de los beneficios obtenidos por "E., S.V.B., S.A." la cantidad de 54.279.053 (primera multa) más 10.905.000 pesetas (segunda multa) en vez de la cantidad global de 24.713.270 pesetas que, a juicio de la actora, era la que resultaba de la prueba pericial.

TERCERO.- La mejor comprensión del litigio exige partir de la declaración de hechos probados que contiene la sentencia, en los siguientes términos:

"[...] Se declaran probados los siguientes hechos:

A) El 23 de julio de 1990, "E., S.V.B., S.A." de una parte y "G., S.A." de otra, firman un contrato de gestión de cartera, entregando la segunda a la primera trescientos millones de pesetas en efectivo para su gestión. A la fecha de terminación del contrato el 31 de diciembre de 1990, "G., S.A." había sufrido pérdidas de 168 millones de pesetas, de las que 84 millones se produjeron por operaciones de compraventa del valor "I. A.", contratadas entre el 24 de julio y el 26 de noviembre de 1990. En ese periodo, "E., S.V.B., S.A." estableció la cotización del valor "I. A." en las Bolsas del Madrid (donde concentró el 70% de la contratación) y Bilbao (donde concentro el 100% de la contratación del referido valor). Trece operaciones de compra (tres) y venta (diez) de valores, de las realizadas para la cartera de "G., S.A." por "E., S.V.B., S.A." lo fueron siendo la contrapartida la cartera propia de ésta.

Como resultado de las operaciones de compraventa del valor "I. A." realizadas entre la cartera de "G., S.A." y la cartera propia de "E., S.V.B., S.A." ésta obtuvo un beneficio por la venta de valores de 41.525.000 ptas.; como consecuencia de la venta en tales condiciones de "E., S.V.B., S.A." a "G., S.A." el 31 de julio de 1990, de títulos de "F. J. OTC", la primera obtuvo un beneficio de 12.754.053 pesetas.

B) El 9 de julio de 1990, "E., S.V.B., S.A." de una parte y Dña M. A. P. M., por otra, firmaron un contrato de gestión de cartera por cuyo concepto entregó la segunda 75 millones de pesetas a la primera. La gestión de esta cartera, entre la fecha de la firma del contrato y el 13 de febrero de 1991 supuso a Dña M. A. P. M. la pérdida de 35 millones de pesetas. De esos 35 millones, 23 los perdió en operaciones con el valor "I. A.", y a su vez varias de estas operaciones tuvieron

como contrapartida la propia cartera de "E., S.V.B., S.A obteniendo en estos casos "E., S.V.B. S.A." un beneficio por venta de valores de 10.905.000 pesetas. En dicho periodo "E., S.V.B., S.A." concentró el 70% de la contratación del valor "I. A." en la Bolsa de Madrid, y el 100% de la contratación en la Bolsa de Bilbao siendo así que "I. A." sólo tenía sus títulos admitidos a negociación en esas dos Bolsas, [...]"

CUARTO.- Limitado el recurso de casación, según ya hemos afirmado, a las sanciones correspondientes a las dos infracciones muy graves comprendidas en el artículo 99 l) en relación con el artículo 71 j) de la Ley 24/1988, repetiremos que no se discute la tipificación de la conducta infractora, reprochable en la medida en que "E., S.V.B., S.A." violó los preceptos legales al haber gestionado las carteras de valores de terceros ("G., S.A." y a Dña M. A. P. M.) sin respetar la prohibición de negociar por cuenta propia con el titular de los valores objeto de la gestión.

La Sala de instancia rechazó, de modo razonado y no discutido en casación, los sucesivos argumentos que alegaba la recurrente contra la validez del acto (indefensión, por no haberse admitido una de las pruebas propuestas durante la instrucción del expediente sancionador; inexistencia de las infracciones apreciadas y duplicidad sancionadora). Y en cuanto al supuesto exceso en el monto de la sanción, la respuesta que dio a los argumentos de la parte actora sobre la cifra de beneficios obtenidos fue la plasmada en el fundamento jurídico octavo, del siguiente tenor:

"[...] La prueba pericial practicada en autos a instancias de la actora puede y debe ser valorada por la Sala juzgadora, y no imponerse su resultado como verdad material a tener en cuenta de manera automática. El perito coincide con la C.N.M.V. en la cifras, reconocidas por esta Sala como hecho probado, de las pérdidas de "G., S.A." (168 millones, de ellos 84 millones con el valor Inmobiliaria Alcázar) y la Sra. P.M. (35 millones, de ellos, 23 millones con el valor "I. A.") Asimismo coincide en las cifras de beneficio "bruto" para "E., S.V.B., S.A." que incluso recoge cifras ligeramente superiores (56.746.172 millones en vez de 52.430.000 pesetas) sin contar los 12.754.053 de la negociación del valor "F. J., OTC" La diferencia en el resultado final es la imputación de una elevadísima cifra de "pérdidas" a cargo de tal beneficio bruto, cifra que no puede en modo alguno ser aceptada por la Sala por la ausencia de todo soporte probatorio al respecto. En concreto no se razona ni se acredita por qué las diferentes pérdidas han de computarse al conjunto de operaciones enjuiciadas [...]"

QUINTO.- Analizaremos conjuntamente los dos primeros motivos de casación, ambos formulados al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional, pues en uno y otro se denuncia la infracción del mismo precepto legal (artículo 632 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) y de la doctrina legal que lo interpreta.

La censura que se dirige a la Sala de instancia es la de haber apreciado de modo arbitrario el dictamen pericial (primero motivo) o haberlo hecho prescindiendo de datos y conceptos que figuran en él (segundo motivo), vulnerando en este último caso la doctrina expuesta en las sentencias del Tribunal Supremo de 13 de julio de 1995 y 13 de noviembre de 1995.

La libertad de apreciación de la prueba pericial por parte de los órganos jurisdiccionales tiene, en efecto, como límite controlable en casación el de no incurrir en arbitrariedad.

Esta última, sin embargo, no puede confundirse con el posible error de hecho (tanto meno si se trata de errores aritméticos) o con las apreciaciones más o menos discutibles sobre el contenido de la pericia, apreciaciones que, precisamente por su carácter íntimamente ligado al análisis del dictamen, deben quedar exentas del control del Tribunal Supremo ya que la Ley excluye de los motivos de casación el relativo al error en la apreciación de los medios de prueba (a salvo los contados supuestos de prueba tasada).

Fijadas estas premisas, no resulta arbitrario (en el sentido de plenamente infundado, carente de todo respaldo, fruto de una mera decisión voluntarista) que la Sala de instancia haya considerado el dictamen pericial aportado a los autos como insuficiente para desvirtuar las conclusiones de la Administración sobre la cifra de beneficios obtenidos por "E., S.V.B., S.A." Porque el perito no ofrecía razones bastantes para disminuir éstos, sin que por tales pudieran reputarse las relativas a otras pérdidas que aquella sociedad de valores pudiera haber tenido al gestionar el resto de valores de las dos carteras patrimoniales.

En primer lugar, la conclusión del dictamen pericial al cifrar el citado beneficio en 24.713.270 pesetas se hacía a partir de análisis de una serie de operaciones bursátiles distintas de las que habían dado lugar a la tipificación de las conductas infractoras. En el caso de las dos infracciones muy graves comprendidas en el artículo 99 l) en relación con el artículo 71 j) de la Ley 24/988, los hechos sancionados y que la Sala declara probados se limitaban a la negociación de dos concretos valores ("I. A." y "F. J., OTC"), y sólo eran computables, por tanto, a efectos de la sanción, los beneficios relativos a dichas operaciones y valores.

El perito, sin embargo, añade a estas operaciones otras (negociaciones de valores de Iberduero, Nissan Motor, Repsol, Unión y el Fénix, Citroen, Unión Eléctrica FENOSA, Hidroeléctrica Española, Nomura Asian Infrastructure Fund) ajenas a las compras y ventas de los dos valores antes referidos. Ciertamente lo hace porque el planteamiento de la pericia propuesta por la parte actora así lo solicitaba, pero la conclusión final sigue el mismo vicio del punto de partida, es decir, no tiene en cuenta que de lo que se trataba es de valorar el beneficio resultante de unas determinadas operaciones ilícitas respecto de dos valores singulares y no de todas las comprendidas en la gestión de una y otra cartera.

La Sala podía, sin incurrir en arbitrariedad, considerar irrelevante a estos efectos –esto es, en lo relativo a la sanción por las conductas sancionadas a título del artículo 99 letra l)- el hecho de que, además de los resultantes de la ilícita gestión de aquellos dos valores, "E., S.V.B., S.A." hubiera tenido o no pérdidas o beneficios en otros, asimismo pertenecientes a las carteras de valores gestionadas. Al incluir estas últimas operaciones entre las determinantes de las magnitudes a partir de las cuales el perito afirma que el beneficio global de "E., S.V.B., S.A." ascendía a 24.713.270 pesetas, la Sala podía, insistimos, concluir como hizo en la inviabilidad de la prueba pericial para imputar otras pérdida a las operaciones objeto de sanción. No hay en tal afirmación ni arbitrariedad ni omisión de datos y conceptos sino apreciación justificada del rechazo a una parte de las conclusiones periciales.

Es asimismo irrelevante que la Sala de instancia hubiera errado ligeramente en la apreciación de dictamen pericial cuando estimó que el beneficio "bruto" admitido por el perito superaba en poco el apreciado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores y refrendado por el Ministerio de Hacienda. Desde el momento en que la sentencia confirma la decisión de este Ministerio, que opera a su vez sobre la cifra por él mismo estimada, ninguna consecuencia real puede haber tenido el posible error de la Sala al atribuir al perito la cifra de 56.746.172 pesetas, como cantidad superior a los "52.430.000 pesetas" (que en realidad eran 54.279.053 pesetas según los cálculos de la Administración) de beneficio resultante de las operaciones en la cuenta de valores de "G., S.A."

En definitiva, ni existió arbitrariedad en la apreciación de la prueba pericial ni se omitió el examen de parte de ésta de modo que viciara la valoración de todo su conjunto. La imputación relativa a este último extremo, basada en los documentos detallados (hojas 1 a12) que incorporó el perito en su dictamen, no puede ser compartida: la Sala no está vinculada a las conclusiones del perito ni a los datos que éste reputa válidos, y puede legítimamente considerar que el razonamiento apoyado en aquellos datos y en los correspondientes documentos no es aceptable, como aquí ocurre. No es, por tanto, que la Sala de instancia haya ignorado el contenido circunstanciado del dictamen sino que, a la vista de éste, no lo considera suficiente para aceptar una cifra de beneficio distinta de la que la Administración fijó.

SEXTO.- Estas últimas consideraciones engarzan con el tercer motivo de casación, también formulado al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley Jurisdiccional.

La infracción que en él se denuncia es la de la presunción de inocencia garantizada por los artículos 24.2 de la Constitución y137.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. A juicio de la recurrente, se ha producido en este caso un ilegítimo desplazamiento de la carga de la prueba al sancionado por el hecho de que la Sala *"haya rechazado la pericia porque no se ha probado, en su opinión, qué pérdidas han de ser imputadas para obtener el beneficio real que constituye la base de la sanción"*. Insiste en que *"ha quedado sin probanza el beneficio real obtenido"* y añade que la Sala debió para mejor proveer solicitar de la Comisión Nacional del Mercado de Valores *"la aportación de los datos que se advierten omitidos para llevar a cabo su verificación"*.

Expuesto en estos términos, el tercer y último motivo no puede tampoco ser acogido. Con razón alega el Abogado del Estado, a favor de su desestimación, que la presunción de inocencia de la entidad sancionadora ya fue desvirtuada con las pruebas de cargo pertinentes en el expediente sancionador. Hasta tal punto fue desvirtuada que la recurrente no niega (en casación) que la conducta fuera antijurídica, típica y culpable, pues no impugna la sentencia en relación con estos presupuestos de la sanción. Carece de sentido sostener, de modo simultáneo y contradictorio, que la entidad reconocidamente culpable es a la vez presuntamente inocente. Huelga, pues, como bien afirma el Abogado del Estado, toda referencia a la presunción de inocencia.

Algo similar hay que en torno al desplazamiento o inversión de la carga de la prueba. Correspondía a la Administración, en efecto, demostrar que la entidad era culpable,

como así hizo, y precisar los elementos objetivos del tipo, como también sucedió. Al determinar el factor utilizado para cuantificar las sanciones, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Ministerio de Economía y Hacienda, más tarde, concretaron a partir de las pruebas que obraban en el expediente, algunas obtenidas de la contabilidad de la sociedad de valores, entre otras cuál era el monto de beneficios correspondientes a las operaciones ilícitas respecto de los dos valores ya reseñados. A partir de ese momento, y precisamente por considerar la Sala de instancia que dichas pruebas eran suficientes para fijar el importe de los beneficios, no se produce desplazamiento de la carta de la prueba: simplemente, el sancionado puede, por su parte, aportar otros elementos que, en su opinión, desvirtúan aquella conclusión. De hecho, se practicó a su instancia una prueba pericial en el curso del proceso. El juicio final de la Sala, que da prioridad a unos elementos probatorios sobre otros, no es sino el normal desarrollo y consecuencia de la libertad valorativa de la prueba en el seno de un proceso, sin que infrinja por ello ni lo artículos 24.2 de la Constitución y 137.1 de la Ley 30/1992 ni la doctrina legal dictada en interpretación de ellos.

SÉPTIMO.- Procede, pues, la desestimación del recurso con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 102.3 de la precedente 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 1291/1998 interpuesto por "C. A., S.A." contra la sentencia que, con fecha 21 de octubre de 1997, dictó la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional en el recurso número 1592 de 1993. Con imposición a la parte recurrente de las costas causadas en este recurso de casación.

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