

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE ABRIL DE 1991

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Procedimiento: Ley 62/78 (Derechos Fundamentales)
Ponente: D. José Luis Requero Ibañez
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de septiembre de 1990
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a trece de abril de mil novecientos noventa y uno

Vistas las actuaciones seguidas en el Recurso que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sección Primera, constituida por los señores al margen anotados, frente a la Administración del Estado, interpuesto por el Procurador D. A.G.S. en nombre y representación de E., S.A. contra las actuaciones reseñadas en el Antecedente de Hecho Primero sobre sanción por los trámites de la Ley 62/78, de 26 de diciembre, sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la Persona, y en la que han sido partes además de la parte actora, el Ministerio Fiscal y el Sr. Abogado del Estado; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ, Magistrado de esta Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo por el procedimiento de Protección Jurisdiccional de los Derechos y Libertades Fundamentales (Ley 62/78, de 26 de diciembre) por la representación de E., S.A. contra la resolución de 7 de septiembre de 1990 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se impone a la recurrente la sanción de 99.614.385 pts por la comisión de una infracción muy grave prevista el art. 99 s) de la Ley 24/88, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores; entiende la parte demandante que es contraria a los arts 14, 24,1º y 2º (no indefensión y derecho a la defensa) y 25,1º (principio *non bis idem*) de la Constitución.

SEGUNDO.- Incoado ante esta Sala recurso contencioso-administrativo, se reclamaba a la Administración el envío del expediente administrativo y se ordenaba la incoación de la pieza de suspensión.

TERCERO .- Contra tal providencia el Abogado del Estado interpuso recurso de súplica por entender que era improcedente seguir los trámites de la Ley-62/78, de 26 de diciembre al carecer los actos atacados de relevancia constitucional. Conferido traslado al Ministerio Fiscal este mostró su conformidad con lo alegado por el Abogado del Estado.

CUARTO.- La parte demandante presentó escrito interesando la desestimación del recurso de súplica.

QUINTO.- La Sala dictó Auto desestimando el referido recurso de Súplica ordenando continuar los trámites.

SEXTO.- La parte demandante formalizó escrito de demanda en el que, tras alegar los antecedentes de Hecho y Fundamentos de Derecho, suplicó la estimación de sus pretensiones con la consiguiente revocación de las resoluciones referidas en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia.

SEPTIMO.- De tal escrito y del expediente se dio traslado tanto al Abogado del Estado como al Ministerio Fiscal interesando el primero de ellos la desestimación de la demanda pronunciándose el segundo por la desestimación.

OCTAVO.- Tras presentar escrito de conclusiones, éstas fueron declaradas conclusas y se señaló el día 11 de abril de 1.991 para deliberación, votación y fallo de esta causa habiéndose observado en la tramitación de la misma los preceptos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto de este procedimiento especial y sumario, regulado en la Ley 62/78, consiste en el enjuiciamiento de aquellos actos o disposiciones que, sometidos a Derecho Administrativo, afectan a los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución de 1.978.

Partiendo de ese elemental esquema la parte demandante impugna el acto referido en el Antecedente de Hecho 1º de esta Sentencia por entender que es contrario a los artículos 14, 24,1º y 2º (no indefensión y derecho a la defensa) y 25,1º (*non bis idem*) de la Constitución en cuanto que impone a E., S.A. la sanción pecuniaria de 99.614.385 de pts por la comisión de la falta prevista en el artículo 99 s) de la Ley 24/88. Tal precepto se refiere 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, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos"*.

SEGUNDO.- Si bien en este pleito -por razón de la vía procedimental elegida y de los fundamentos de la pretensión-, es secundario el fondo o veracidad de los hechos imputados al recurrente no está de más, al menos, dejar constancia de por qué sanciona la Administración a E., S.A.

Según consta en autos tal sanción nace a raíz de la actuación de la entidad recurrente en el proceso de la oferta pública de venta de acciones de REPSOL, S.A durante los meses de abril y mayo de 1.989. La actuación ilegal de E., S.A. habría consistido en canalizar supuestas peticiones de suscripción de doscientos veintisiete inversores, personas físicas españolas, en realidad inexistentes, lo cual fue seguido de una orden de venta. Tal operación se efectuó sin provisión de fondos tanto en relación a los títulos demandados como en relación a los adjudicados. E., S.A. señala como entidad ordenante de la operación TREFIN, AG, de nacionalidad suiza, lo que en realidad no hizo. Además la parte actora procedió a aplicar a su favor los títulos suscritos al 340% -el mismo tipo de suscripción- sin orden de venta firmada por los suscriptores originales, lo que le permitió suscribir unas acciones soslayando las condiciones y limitaciones impuestas por la entidad emisora. En definitiva, afirma la Administración, lo que en realidad pretendió E., S.A. no fue tanto atender a una orden de suscripción como acceder a la suscripción propia de acciones de REPSOL. S.A.

Estos son, sucintamente, los hechos imputados tal y como los declara probados la Administración. Pero, como ya se adelantó, lo que se ventila en este litigio no es la veracidad de los mismos sino, sustancialmente, la bondad, desde el punto de vista constitucional, del *iter* o procedimiento sancionador administrativo.

TERCERO.- Es doctrina ya consolidada que los principios inspiradores del Derecho Penal son aplicables, con ciertas matizaciones, al derecho sancionador administrativo. La razón es clara: ambos son manifestaciones del poder punitivo o represivo del Estado (art. 25,1º de la Constitución) hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales. De esta forma son de común aplicación los principios capitales de la ciencia penal: legalidad, tipicidad, imputabilidad y culpabilidad, proporcionalidad, non bis in idem etc. a los que deben añadirse las garantías adjetivas o procesales propias del proceso penal: no indefensión, carga de la prueba a la parte acusadora, interdicción de la reformatio in peius, etc. (SSTS 3ª de 14-11-85, 10-11-86 y 20-1-87); con esta incorporación de principios penales el procedimiento sancionador brinda ya en su seno, y sin llegar a la vía jurisdiccional, plenas posibilidades de defensa (STC 29/89, de 6 de febrero, STS de 20 de diciembre de 1.989).

A su vez el Tribunal Constitucional, desde la óptica de nuestra Constitución, ha recogido esta vieja doctrina jurisprudencial si bien advirtiendo que dicha aplicación debe hacerse con cautela pues esa delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/90, de 15 de febrero). Así ha determinado los límites de la potestad sancionadora de la Administración en su Sentencia 77/83, de 3 de octubre, de la siguientes forma: 1º) la legalidad previa, determinante de la necesaria cobertura de una norma jurídica para el ejercicio de esta potestad; 2º) interdicción de las penas privativas de libertad; 3º) respeto de los derechos de defensa reconocidos en el art. 24 de la Constitución; 4º) subordinación a la autoridad judicial, lo cual implica, a su vez: a) el control a posteriori por los Tribunales de los actos sancionadores; b) imposibilidad de que la Administración lleve a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de ilícito criminal, si bien el sobreseimiento provisional de una causa penal (art. 641,1º LECrim) no es sinónimo de inexistencia de hechos sancionables administrativamente (STC 22/90) y c) necesidad de respetar la cosa juzgada, a todo lo cual debe añadirse la aplicación de los principios del art. 24 (presunción de inocencia, no indefensión, audiencia, etc) y del art. 25 (tipicidad, legalidad, etc).

CUARTO.- El primer derecho fundamental que entiende infringido E., S.A. es el de no indefensión (art. 24,1º in fine). El concepto de indefensión que el art. 24,1º proscribete tiene un carácter material a diferencia del marcadamente formal que tiene en el ámbito procesal, de ahí que no necesariamente tengan que coincidir ambos conceptos. Así la indefensión con trascendencia jurídico-constitucional se produce sólo cuando el interesado se ve, de forma injustificada, imposibilitado para impetrar la protección Judicial -este no es el caso- de sus derechos e intereses legítimos o cuando la vulneración de las normas procesales o procedimentales lleva consigo la privación del derecho a la defensa con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado al quedar privado de su derecho a alegar, probar y, en su caso, para replicar las

argumentaciones contrarias (SSTC 31, 40 y 70/84, 48/86, 155/88, 58/99 entre otras muchas).

QUINTO.- Partiendo de lo expuesto el actor considera que la actuación administrativa le ha dejado indefenso por las siguientes razones.

En primer lugar porque no se nombró ni notificó la designación del secretario del expediente administrativo. En la resolución de 13 de diciembre de 1989, por la que se incoó expediente sancionador, expresamente se nombra tan sólo al Instructor pero no al Secretario, luego es evidente que no pudo hacerse notificación alguna; pero no es menos evidente que la ausencia de secretario ninguna indefensión le ha irrogado. En efecto, ya el art 135,1º de la Ley de Procedimiento Administrativo (el párrafo quedó derogado por la Ley 30/84, de 2 de agosto), declara el carácter potestativo de esta figura ("*...en su caso...*"). El vicio de inconstitucionalidad imputado tendría sentido si se razonase, aunque fuere mínimamente, qué indefensión le ha podido irrogar la ausencia de un secretario o si, nombrado, resultase que por omitirse la notificación de su identidad hubiera actuado una persona en la que concurriese alguna de las causas de abstención del art 20 de la Ley de Procedimiento Administrativo, pero una concurrencia -vicio en sí de legalidad ordinaria- irrogante de indefensión. No hay por tanto en este actuar indefensión alguna, de haber algún vicio -extremo dudoso- sería, en todo caso, una mera irregularidad no invalidante del art 48,2 de la LPA (cfr. STS 1-IV-75).

SEXTO.- Sostiene E., S.A. que también ha existido indefensión desde el momento en que ha desconocido la acusación. En efecto, señala que antes del 13 de diciembre de 1989 la Administración efectuó una serie de diligencias e interrogatorios sin advertirla que eran diligencias preparatorias. Tampoco por tal caso puede prosperar la demanda. Basta ojear siquiera levemente la Ley 24/88 para comprobar que la Comisión Nacional del Mercado Valores (en adelante CNMV) tiene potestades de supervisión e inspección (Título VIII) y de ese tenor fueron las actuaciones realizadas: petición de informes al Agente de Cambio mediador en la operación sancionada, petición de informes a la propia E., S.A., requerimientos para la entrega de documentos, reuniones entre el servicio de Inspección y la demandante, remisión de cuestionarios de preguntas..... Es decir, se trata de actuaciones propias de una actividad inspectora.

Y aún en el supuesto de que se tratase de "informaciones reservadas" debe tenerse en cuenta lo siguiente: la denominada información previa (art. 134,2º LPA) o diligencias informativas, se caracteriza por ser un acto interno de la administración cuya finalidad es exclusivamente romper, indiciariamente, la duda racional existente sobre la posible comisión de una infracción administrativa y, en definitiva, resolver si procede o no incoar un expediente disciplinario y será en éste en donde deberán practicarse las pruebas pertinentes, es decir, con todas las garantías para el expedientado sin que en ningún momento pueda irrogársele indefensión alguna. Tal información, por lo tanto, no forma parte del expediente administrativo y en lo relativo a la prescripción, debe ser evacuada dentro del período de ejercitabilidad activa ya que de otro modo quedaría al arbitrio de la Administración la concreción caprichosa del *dies a quo* (cfr. SsTS 24 de septiembre y 2 de octubre de 1.976; 22 de febrero de 1.985).

SEPTIMO.- Otra causa de indefensión, según la parte actora, consistiría en que también desconocía la acusación de que era objeto desde el momento en que el pliego de cargos se limitaba a exponer hechos, pero sin determinar los que se le imputaban como supuestas infracciones. Tampoco por este motivo puede prosperar su demanda: lo fundamental en el pliego de cargos son los hechos a él imputados, la calificación ya vendrá luego en la propuesta de resolución; además, en el presente caso, el citado pliego es claro al determinar perfectamente numerados, la "*Relación de hechos que se imputan a E., S.A.*" y al quedar el expediente de manifiesto a la entidad recurrente es claro que lo que podía en ese momento era discutir los hechos, luego -a la vista del resultado de la fase de prueba- sería cuando la Administración los calificase en la propuesta de resolución y en su contestación es cuando pudo E., S.A. discutir tal extremo. De manera que tampoco hay indefensión.

OCTAVO.- El capítulo de las indefensiones se cierra con dos nuevos alegatos: por una parte, que el Instructor no llegó a compulsar con ningún Registro Público las manifestaciones el Agente de Cambio y Bolsa; motivo que está avocado al fracaso: si no se hizo eso es algo que tendrá su interés en un pleito donde se ventile el fondo del asunto y donde haya que valorar las pruebas practicadas en el expediente a fin de determinar su eficacia procedimental.

Por último señala que la Administración ha tenido en cuenta una serie de declaraciones prestadas por el responsable de la sociedad TREFIN AG, en Zurich, ciudad a la que se trasladó el Instructor del expediente sin dar cuenta a la demandante. Este motivo es el que más entidad tiene, pero tampoco va a prosperar: como se dijo en el Fundamento de Derecho Cuarto para apreciar una indefensión no basta invocar una mera infracción procedimental, se requiere que esa infracción haya producido una situación de real y verdadera indefensión. Es claro que la práctica de las pruebas debe hacerse desde el principio de contradicción (art 89,2º LPA, aplicable obviamente al procedimiento sancionador, STS 25-X-83), y procurarse la presencia del expedientado. Pero en el presente caso, puesto de manifiesto el expediente a E., S.A. y, por tanto, el resultado de aquellas entrevistas, pudo pedir aclaraciones o la repetición de la misma con su presencia o pedir la posibilidad de formular repreguntas...pero nada de esto hizo. Tan sólo afirma que con base en esas declaraciones la Administración ha prescindido de la contundencia de las pruebas documentales presentadas: otra vez plantea un problema de valoración de pruebas, un tema de legalidad ordinaria. En definitiva, no hay en autos ni en el expediente vestigio probatorio alguno que demuestre que tal omisión le haya ocasionado un real y efectivo menoscabo de su derecho a la defensa.

NOVENO.- Invoca también la violación del principio *non bis in idem*. Tal violación se sustenta en el hecho de haberse ordenado la remisión del tanto de culpa al Ministerio Fiscal. Pero tampoco este alegato es admisible: el principio *non bis in idem* es deducido por el Tribunal Constitucional del art. 25,1º de la Constitución en sus Sentencias de 30 de enero de 1981, 3 de octubre de 1983, 27 de noviembre de 1.985, 23 de mayo y 8 de julio de 1.986 en conexión con los principios de legalidad y tipicidad. Implica la interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales por unos mismos hechos. En los casos en que, legalmente, sea posible una duplicidad de procesos con diferente resultado en cuanto a la calificación y enjuiciamiento, tal dualidad no es dable en la apreciación de los hechos que será única: unos mismos hechos no pueden existir y dejar

de existir para los órganos del Estado. A su vez la Administración no puede actuar mientras no lo hayan hecho los Tribunales y en todo caso, cuando aquella actúe a posteriori debe respetar el planteamiento fáctico que aquellos hayan hecho pues en caso contrario se infringiría el art. 25 de la Constitución.

Pues bien, en este caso no se ha impuesto a los responsables de E., S.A. condena penal alguna -y en ese caso habría que ver por qué delito, pues dependiendo del mismo podría haber o no compatibilidad de sanciones-, tampoco consta en autos ni en el expediente que se siga contra los mismos proceso penal alguno pues tan sólo se ha dado cuenta al Ministerio Fiscal. Y aún el supuesto de que hubiera un proceso penal en curso a la hora de dictar la resolución atacada, esto no implicaría la violación del principio aquí cuestionado sino un mero vicio de legalidad ordinaria pues lo procedente hubiera sido la suspensión por aplicación del art 96 de la Ley 24/88 y sólo en el supuesto allí contemplado.

DECIMO.- De todos los alegatos hasta ahora analizados es el último el menos consistente: invoca la violación del principio de igualdad y de no discriminación (art 14) por el hecho de que la CNMV incoase expediente y el Ministerio de Economía sancionase sólo a E., S.A. pero no al Agente de Cambio y Bolsa. Tal razonamiento carece de lógica: si no se ha expedientado y sancionado al citado fedatario es evidente que tal hecho no puede motivar la anulación del acto impugnado ni, mucho menos, exculpar a E., SA. Lo lógico sería pedir también su sanción pero no por su impunidad sustentar también la de E., S.A..

UNDECIMO.- Al estar sometida la Administración en su actividad a la Constitución (arts. 9.1º, 97, 103. 1º y 106.1º de la Constitución), debe desestimarse la demanda y confirmar los actos impugnados por ser conformes a las normas, en este caso constitucionales, que le sirven de cobertura (art. 48,1º de la Ley de Procedimiento Administrativo en relación con el art. 83,3º de la Ley de esta Jurisdicción).

De conformidad con el art. 10,3º de la Ley 62/78 procede hacer expresa imposición de costas a la parte demandante por haber sido rechazadas todas sus pretensiones.

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de E., S.A. contra la resolución reseñada en el Antecedente de Hecho Primero de esta Sentencia, debemos declarar y declaramos ser la misma conforme a los arts.14, 24 y 25 de la Constitución; se hace imposición de costas a la parte demandante.

Así, por esta nuestra Sentencia, contra la que cabe recurso de apelación en el plazo de cinco días ante esta Sala y para el Tribunal Supremo y que se notificará haciendo la indicación de recursos que prescribe el art. 248,4º de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de Julio, del Poder Judicial y testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.