

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE ABRIL DE 1998

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 605/1994
Ponente: Dña. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de marzo de 1994, confirmada en reposición por otra del mismo Ministerio de 6 de mayo de 1994.
Fallo: Parcialmente Estimatorio

En Madrid a 1 de Abril de 1998

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales Don J.C.P.G. en nombre y representación de Don F.O.M. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el 6 de mayo de 1994 confirmando otra de 14 de marzo de 1994 en materia relativa a infracción de la Ley del Mercado de Valores con una cuantía de 20.000.000 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrada Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 11 de julio de 1994 dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el B.O.E.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 8 de Febrero de 1995, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia estimatoria del recurso anulando los actos administrativos impugnados y la multa impuesta.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó Auto el 12 de Junio de 1995 acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental, a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

QUINTO.- Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del día 24 de Marzo de 1998 en que se deliberó y votó habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 6 de Mayo de 1994 por el Ministro de Economía y Hacienda por la que se resuelve el recurso de reposición núm. 471/94 interpuesto por Don F.O.M. hoy actor, contra la O.M. de 14 de Marzo del mismo año 1994 dictada a propuesta de la C.N.M.V. por la que se declara cometida una infracción muy grave de la letra o) del art. 99 de la Ley 24/88 del Mercado de Valores, imponiéndose al recurrente una multa de veinte millones de pesetas.

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por reproducidos los hechos recogidos en la fundamentación fáctica de la O.M. de 14 de marzo de 1994, que pueden resumirse en que el hoy actor, existiendo una información capaz de influir de manera determinante en la evolución de las cotizaciones bursátiles del valor AFISA y conociéndola antes que el resto de inversores independientes, por sus cometidos profesionales, utilizó dicha información en beneficio propio. Así logró un beneficio de 5 millones de pesetas.

TERCERO.- El art. 99 letra o) de la Ley del Mercado de Valores, establece que es infracción muy grave "El incumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 de esta Ley respecto de las informaciones privilegiadas".

A su vez el art. 81 en su núm. 2 ha previsto que *"Todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar, por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las conductas siguientes: a) preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que la información se refiera; b) comunicar dicha información a terceros, salvo en ejercicio normal de su trabajo, profesión, cargo o funciones; c) recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores o que haga que otros los adquiera o ceda basándose en dicha información"*.

El núm. 1 del art. 81 define la información privilegiada como *"toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o esos valores"*.

CUARTO.- Los motivos de impugnación alegados por el recurrente pueden resumirse como sigue: 1º- caducidad del expediente sancionador; 2º- el expediente viola el principio ne bis in idem, y debió suspenderse en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la Ley del Mercado de Valores; 3º- no se han probado los hechos por los que se impone la sanción; 4º- la multa es desproporcionada.

QUINTO.- Entrando a examinar el primer motivo de recurso, se suscita por la actora el problema de la norma aplicable al expediente que finalizó con la Orden Ministerial impugnada, a la vista de las fechas de inicio y terminación del mismo. El expediente en

cuestión comienza por acuerdo adoptado el día 19 de mayo de 1993 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, y finaliza con la Orden de 14 de marzo de 1994. La Ley 30 /92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en su Disposición Final establece que: "*la presente Ley entrará en vigor tres meses después de su publicación en el Boletín Oficial del Estado*", publicación que tuvo lugar el 27 de noviembre de 1992, por lo que la entrada en vigor tuvo lugar el 27 de febrero de 1993.

La Disposición Transitoria Segunda, por su parte, indica que "*1. -A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la presente Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*".

Esta misma D.T. 2ª, en su apartado 2 establece que "*2.- Los procedimientos iniciados durante el plazo de adecuación contemplado en la disposición adicional tercera se regirán por lo dispuesto en la normativa anterior que les será de aplicación, salvo que con anterioridad a la expiración de tal plazo haya entrado en vigor la normativa de adecuación correspondiente, en cuyo caso, los procedimientos iniciados con posterioridad a su entrada en vigor, se regularán por la citada normativa*". A su vez, la D.A. Tercera, establece que "*Reglamentariamente en el plazo de seis meses a partir de la entrada en vigor de esta Ley, se llevará a efecto la adecuación a la misma de las normas reguladoras de los distintos procedimientos administrativos, cualquiera que sea su rango, con específica mención de los efectos estimatorios o desestimatorios que la falta de resolución expresa produzca*". Aparecen así dos fases en la vigencia de la L.P.A.C., la primera con fecha de 27 de febrero de 1993, la segunda el 27 de agosto siguiente, y tras la promulgación del Real Decreto Ley 14 /1993, una tercera al ampliarse el plazo a 12 meses, que finaliza el 27 de agosto de 1994.

La primera consecuencia que se extrae es que la L.P.A.C. mantiene el derecho procedimental vigente antes de su promulgación, permitiendo que los procedimientos en curso continúen bajo el sistema normativo vigente en la fecha de su incoación.

La segunda es que, incoado el procedimiento litigioso el 19 de mayo de 1993, antes de transcurrido el plazo de "adaptación" de los procedimientos, era de aplicación al mismo la normativa anterior, según lo dispuesto en la D.T. 2ª núm. 2.

La tercera consecuencia es que la fecha de 27 de agosto de 1994, constituye el término final y todos los procedimientos iniciados con posterioridad tendrán que seguir las normas previstas en los reglamentos específicos correspondientes.

De cuanto se viene razonando resulta que al procedimiento litigioso le es de aplicación la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, que no regulaba la paralización del procedimiento por causa de la Administración, limitándose a señalar un plazo máximo de seis meses de duración del procedimiento en el art. 61 pfo. 1, superado el cual se tenía por producido silencio administrativo negativo, con la consecuencia de poderse incoar un expediente disciplinario al funcionario responsable de la paralización (art. 61, pfo 2). E1 art.

49 por su parte establecía que las actuaciones realizadas fuera de los plazos previstos solo producían la anulación del acto "si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo".

El Tribunal Supremo, tradicionalmente en su jurisprudencia, ha venido distinguiendo entre dos conceptos: la duración máxima que debe tener todo procedimiento y la caducidad como causa de terminación del mismo. En la sentencia de 15 de marzo de 1961 precisó que es irrelevante a los efectos de anulabilidad que el expediente dure más de seis meses, porque el art. 61 de la L.P.A. considera ese plazo únicamente como causa de poder exigir responsabilidad por el retraso, si este no estuviere justificado. La sentencia de 19 de diciembre de 1961 insiste en ese mismo criterio al indicar que la tardanza en resolver el expediente en modo alguno conduce por sí misma a la nulidad de lo actuado o a la caducidad del expediente mismo, sino que la resolución tardía es plenamente válida en virtud de la eficacia del acto irregular que se consagra en los arts. 49 y 61 de la L.P.A. (en el mismo sentido la STS de 8 de noviembre de 1994). En esta misma línea abunda la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 22 de octubre de 1997 (casación 7209 /92) insistiendo en que "no se puede confundir la caducidad del expediente por causas imputables al interesado, con la caducidad de los mismos (perención, según pone de relieve la doctrina científica y recoge la jurisprudencia), por causas imputables a la Administración".

La parte actora señala que, al tratarse de derecho administrativo sancionador, se le debe aplicar la normativa más favorable, siéndolo en parte la L.P.A.C., porque en su art. 43.4 establece que los procedimientos administrativos iniciados de oficio y no susceptibles de generar derechos a favor de los ciudadanos se entenderán caducados en el plazo de 30 días desde el vencimiento del plazo en que debió dictarse la resolución, excepto en los casos en que la paralización sea imputable al interesado, en los cuales se interrumpirá el cómputo del plazo para resolver el procedimiento; en parte la L.P.A. que en su art. 61.1 establece el plazo de 6 meses para la tramitación del procedimiento, y en parte el Reglamento de Procedimiento Sancionador contenido en el Real Decreto 1398 /1993 de 4 de agosto (que entró en vigor el 10 de agosto) en cuanto la D.T. Única establece en su núm. 3 que los procedimientos sancionadores incluidos en su ámbito de aplicación deberán resolverse en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor del Reglamento, entendiéndose caducados por el transcurso de 30 días desde el vencimiento de este plazo de seis meses sin haberse dictado resolución.

La pretensión de aplicar varias normas a la vez, que es lo que pretende la actora, no puede prosperar, y no pueden entenderse como "derecho administrativo sancionador" las normas de procedimiento, por lo tanto, debe aplicarse la L.P.A., sea o no más favorable, con las consecuencias analizadas en cuanto a las previsiones del art. 61 de la misma, y la desestimación de este motivo de recurso.

SEXTO.- La actora sostiene que, iniciado un procedimiento penal por los hechos en que se basa la Orden recurrida, la falta de paralización del procedimiento administrativo sancionador, como ordena el art. 96 de la L.M.V. ha tenido dos consecuencias: se ha producido un vicio procedimental causante de indefensión, que debe acarrear la nulidad de la Orden impugnada, y debe anularse la sanción porque con ello se evita un "bis in idem".

El hecho que la Administración determinó en su día como "crucial" para establecer la comisión de las infracciones investigadas, y luego sancionadas, el hecho que está en el origen del procedimiento administrativo sancionador es el siguiente: determinar si las cotizaciones del valor AFISA en el periodo de tiempo objeto de análisis ha evolucionado de acuerdo con las tomadas por inversores independientes, o si por el contrario, han existido prácticas dirigidas a falsear la formación de los precios, consiguiendo que estos evolucionen artificialmente.

A la vista de lo expuesto, debe reiterarse la apreciación de la Administración de que no coinciden los bienes jurídicos protegidos por el tipo penal y el tipo administrativo, que tiene por objeto tutelar el proceso de formación de precios en un tipo de mercado que tiene unas características muy concretas y específicas determinadas por su carácter de oficial. El T.C. en su sentencia de 30 de enero de 1981 (27/81) declaró que el principio non bis in idem garantizado en el art. 25.1 de la Constitución excluye la duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento, siempre que no concurra una relación de supremacía especial de la Administración que justifique una potestad sancionadora específica (en idéntico sentido, entre otros, el Auto 648 /88 de 23 de mayo).

SEPTIMO.-A lo largo de la instrucción practicada por la Administración han quedado acreditados todos y cada uno de los hechos constitutivos de la infracción que se imputa al recurrente, así como la autoría del mismo, sin que la prueba practicada ante esta Sala tenga virtualidad para privar de valor aquellas otras. Se ha practicado prueba con entidad para destruir la presunción de inocencia del ahora actor, debiendo asimismo desestimarse este motivo de impugnación.

OCTAVO.-El art. 102 de la L.M.V. establece la sanción de "Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción..." y la O.M. de 14 de Marzo de 1994 razona que: "Procedería aplicar la sanción en su grado máximo teniendo en cuenta el intento de ocultación de las operaciones y el peligro potencial que supone la pérdida de confianza que se deriva de actuaciones profesionales contrarias a derecho, en un mercado cuyo fundamento es precisamente la confianza de los inversores". Tales apreciaciones no constituyen a juicio de esta Sala una agravación especial de la conducta, pues está reflejando la Administración el bien jurídico protegido.

A la vez recoge "la rectificación voluntaria del intento de engaño" y señala el cuádruplo de la cifra de beneficio como cuantía de la multa que le impone.

El Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo y esta misma Sala siguiendo las directrices jurisprudenciales de ambos, han señalado reiteradamente que los principios inspiradores del derecho penal son aplicables con matices al derecho administrativo sancionador. Pues bien: en el supuesto enjuiciado, siguiendo las técnicas del derecho penal, la sanción debería imponerse como mucho en el grado medio, pues la única posible circunstancia agravante, "el intento de ocultación", es rectificado de forma voluntaria, lo que incluso podría valorarse

como atenuante. La Administración impone el cuádruplo, que, visto que el mínimo es el tanto y el máximo el quíntuplo, se sitúa claramente en el grado máximo de la sanción. Por lo expuesto más arriba, esta Sala considera que la sanción debe ser impuesta en grado medio, constituido este por el doble y medio, es decir, el resultado de multiplicar cinco millones por 2,5, que arroja la cifra de 12.500.000 pesetas.

A la vista de lo expuesto procede la estimación parcial del recurso en el único extremo relativo a la cuantía de la sanción que debe rebajarse de 20 millones de pesetas a doce millones quinientas mil pesetas.

NOVENO. - No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos estimar en parte y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don F.O.M. contra la Orden dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 6 de mayo de 1994, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, y en consecuencia la anulamos, por su disconformidad a derecho, así como la Orden del mismo Ministerio de 14 de Marzo de 1994 en el único extremo de la cuantía de la multa impuesta, que será de 12.500.000 (doce millones quinientas mil) pesetas, con desestimación de los restantes motivos de recurso y sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.