

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1993

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª.

Procedimiento: Ley 62/78 (Derechos Fundamentales)
Recurso nº: 8302/1991
Ponente: D. Vicente Conde Martín de Hijas
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional de 13 de abril de 1991
Fallo: Desestimatorio

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Contra la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia de 13-4-1991, que desestimó el recurso por el cauce especial de la Ley 62/1978 por E., S.A. contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se imponía una multa de 99.614.385 de ptas., se alza dicha recurrente en apelación, reiterando prácticamente las mismas alegaciones de instancia que fueron examinadas con minuciosidad en los fundamentos de la sentencia apelada, debiéndonos ajustar en su examen al propio orden de proposición del escrito apelatorio.

SEGUNDO.- Prescindiendo del motivo de introducción, que no es sino de referencia a actuaciones anteriores, el primero a analizar se refiere a la "vulneración del derecho constitucional a la defensa", que a su vez y tras un "planteamiento" (1) va desgranando en sucesivos capítulos, alusivos a "infracción del la garantía de conocimiento de la acusación" (2), "infracción de la garantía de contradicción en la práctica de la prueba" (3), con ulterior diferenciación, dentro de cada uno de ellos, en temas más concretos referidos ya a las actuaciones que estima viciadas.

En concreto, como hechos constitutivos de la infracción del conocimiento de la acusación se exponen (II.2.b y c) "la infracción por no advertir que se estaban tramitando diligencias preparatorias", y la "infracción por no determinarse en el pliego de cargos las supuestas infracciones que podrían ser constitutivas de falta".

Bajo la primera de las dos rúbricas que se acaban de indicar se censura el fundamento de derecho sexto de la sentencia, que desestimó homónimo motivo de impugnación de la resolución administrativa.

En este fundamento se justifica el rechazo de la alegación aludiendo a las potestades de supervisión e inspección atribuidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) en el Título VIII de la Ley 24/1988, calificando como de tal índole las actuaciones realizadas, así como las facultades de información reservada previstas en el Art. 134.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo (LPA en adelante), como medio para resolver si procede o no incoar expediente sancionador, siendo en éste en donde deben operar las garantías pertinentes para evitar la indefensión.

En su censura apelatoria la recurrente omite toda alusión a las potestades de inspección indicadas en el fundamento de la sentencia, y centra su crítica en el significado de actuación meramente interna atribuido en la sentencia, sosteniendo, por el contrario, que desde el momento en que se hicieron requerimientos al supuesto responsable se trascendía el ámbito interno, y que en la medida en que esos requerimientos podían ser determinantes de la imputación de una falta sancionable "el derecho a la defensa exige que se comunique el carácter con que se formulan aquellos requerimientos, a fin de que el supuesto responsable pueda adoptar las debidas garantías para su defensa ante la inspección".

La crítica no es compartible, pues pese a la aparente habilidad dialéctica de negar el significado de actuación interna a la que consiste en requerimientos a quien luego fue

sujeto pasivo del expediente sancionador, no es en definitiva el carácter interno lo fundamental, sino su significado de meras medidas de supervisión e inspección (Tít. VIII, Ley 24/1988), en las que la referencia de la medida al sujeto supervisado o inspeccionado no sólo va ínsita en la misma, sin hacerle perder su carácter, sino que además se configura así en el art. 85 de la citada Ley.

Incluso nada impide que la misma información reservada, prevista en el art. 134.2 LPA, sin dejar de serlo, pueda no ser meramente interna, en el sentido que discute la recurrente, y pueda incluir actos de comunicación entre la autoridad administrativa y la persona que en un momento ulterior puede ser sujeto pasivo de un expediente sancionador.

Es exagerado y carente de fundamentación razonable exigir que la comunicación con la persona inspeccionada deba ir precedida de una advertencia sobre la eventualidad de que le pueda ser imputada una infracción, pues en el momento de la inspección la autoridad administrativa que la lleva a cabo carece aún de base para hacer imputación alguna, y es sólo una vez concluida la inspección, cuando tal imputación puede hacerse.

En todo caso, desde un perspectiva sustancial de defensa, cual la que corresponde al derecho fundamental, no es convincente que en el marco de una relación como la de autos, y dado el conocimiento de los propios deberes y de las consecuencias de su vulneración, que es presumible en el sujeto de la misma, la advertencia que se echa en falta pueda realmente ser un elemento que alerte al inspeccionado de la eventualidad de que por resultado de la inspección pueda sufrir la imputación de una infracción, y que a falta de la advertencia se pierdan posibilidades de defensa, pues puede darse por sentado que el riesgo de ser sometido a expediente sancionador si la inspección evidencia una infracción, es perfectamente conocido por el inspeccionado sin necesidad de advertencia alguna.

Por lo demás, se estima que existe un indudable abuso intelectual cuando dice que “se estaban tramitando diligencias preparatorias”, que es la base conceptual desde la que se construye la tesis de la recurrente. Esa calificación supone distorsionar el significado jurídico de las medidas de inspección dando por sentado, de modo gratuito, que el significado de éstas viene desde el inicio preordenado a un expediente sancionador, cuando en realidad esa derivación es algo sobrevenido, por lo que no se puede negar el significado conceptualmente autónomo de las medidas de inspección.

Conserva por tanto todo su vigor argumental el fundamento de la sentencia impugnada la alegación que analizamos, que debemos por tanto rechazar.

TERCERO.- Alega la parte, como se ha indicado, como contenido de la infracción de la garantía de conocimiento de la acusación, “la infracción por no determinarse en el pliego de cargos las supuestas infracciones que podrían ser constitutivas de falta”. Bajo esa rúbrica censura el fundamento de derecho séptimo de la sentencia apelada que rechaza homónima alegación de demanda. En dicho fundamento la sentencia razona que lo fundamental en el pliego de cargos son los hechos, que el formulado al actor se detallaron con minuciosidad los imputados, que la calificación se hace con la propuesta

de resolución, y que ésta puede ser contestada por el expedientado discutiendo la calificación, lo que excluye la indefensión.

La apelante impugna esta tesis, oponiendo la de que sólo si en el pliego de cargos se indican las faltas en las que pueden subsumirse los hechos, es posible la defensa, y que otra cosa es el tema de la sanción que se considere imponible, que es lo privativo de la propuesta de resolución.

No es conveniente que sólo sea posible la defensa si en el pliego de cargos se imputan hechos y se califican jurídicamente. Desde una perspectiva sustancial de posible defensa, cual corresponde al derecho fundamental cuestionado, nada impide que el trámite se desglose en dos momentos: uno, de pura imputación de hechos, y otro, de calificación de los mismos, cuando en cada momento el imputado tiene la posibilidad de alegaciones en contrario. Ciertamente no puede negarse que se facilita la defensa, cuando desde el pliego de cargos se hace ya un determinada calificación jurídica. En tal sentido el reciente RD 1398/1993, de 4 Agosto, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, art. 13, supone una mejora apreciable del régimen preexistente. Pero el que la defensa pueda ser mejor con calificación inicial, no implica que no sea posible sin ella, que es lo que cuenta desde la perspectiva del derecho fundamental del art. 24.1 CE.

Por otra parte, no existe razón legal para entender que la propuesta de resolución deba tener como contenido propio y privativo la determinación de la sanción que deba imponerse, con lo que se pretende desplazar la calificación a pliego de cargos, tesis que nos tiene en su aval ninguna norma concreta.

Debemos compartir por tanto el fundamento de la sentencia apelada, aquí examinado, y rechazar la alegación que lo impugna.

CUARTO.- Bajo la rúbrica de "infracción de la garantía de contradicción en la práctica de la prueba" (II.3) se impugna el fundamento de derecho octavo de la sentencia, que rechazó alegación similar de demanda.

La apelante transcribe íntegro el fundamento citado que rechazaba dos alegadas indefensiones, relacionadas con la prueba, para después hacerlo objeto de su crítica.

La primera de las indefensiones se refería al hecho de que el Instructor no llegó a compulsar con ningún Registro público las manifestaciones del Agente de Cambio y Bolsa, contrarias a la tesis de la parte, respecto de lo que la sentencia proclama que es "motivo que está abocado al fracaso: si no 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". Frente a ello la parte no contrapone una argumentación que evidencie el error lógico de la sentencia, sino que se limita a oponer una valoración discrepante, en la que el énfasis de su exposición no suple la ausencia del discurso lógico; valoración que no compartimos, y sí por el contrario el ponderado argumento de la sentencia.

La otra indefensión relacionada con la prueba (el hecho de que se interrogara en Suiza a T., AG, durante la fase de investigación previa al expediente sin la presencia de la demandante) es valorada por la sentencia como motivo impugnatorio de más entidad; pero, ello no obstante, la sentencia dice que “tampoco va a prosperar: como se dijo en el Fundamento de Derecho Cuarto para apreciar indefensión no basta invocar una mera infracción procedimental, se requiere que esa infracción haya producido una situación de real y verdadera indefensión”. Y tras proclamar la exigencia del principio de contradicción en la prueba culmina su argumentación diciendo : “pero en el presente caso, puesto de manifiesto el expediente a E., SA 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 formula 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 causado un real y efectivo menoscabo de su derecho a la defensa”.

La réplica argumental a esa fundamentación de la sentencia, es proclamar “la clandestinidad con que se practicó la prueba decisiva del procedimiento sancionador”, transcribiendo el particular del pliego de cargos en el que se recoge la entrevista en Suiza con el legal representante de T., AG, y aduciendo la “inconsistencia de la fundamentación de la sentencia”, a la que tacha de incongruente en su razonamiento, al proclamar la exigencia del principio de contradicción en la prueba, y que, ello no obstante, la cuestionada se practicó en ausencia del expedientado, pero no estimó el recurso.

Afirma que ella pidió en su pliego de descargos la ampliación de la investigación a fin de que quedara plenamente corroborada la actuación real de D. A.C.T. y de T., AG; que el instructor del expediente no practicó prueba alguna y que al darse por una buena la prueba cuestionada se incurrió en flagrante indefensión, insistiendo en las garantías necesarias a su juicio para poder conferir validez a esa prueba.

Tal modo de razonar, pese a su aparente contundencia, elude en realidad la adecuada crítica del análisis de la sentencia que quedó transcrito.

No podemos olvidar que el prisma constitucional desde el que se impugna, primero la resolución, y después la sentencia que rechazó la impugnación, es el de la no indefensión (art. 24.1 CE); y desde él conserva todo su valor la argumentación de la sentencia sobre la conducta concreta de la demandante, que no propuso pruebas precisas para contrarrestar la cuestionada, posibilidad en la que materializa su posibilidad de defensa.

La simple indicación de que “solicitada la ampliación de la investigación ... etc.”, es de suma ambigüedad, frente a la concreción de la indicada en la sentencia. En realidad el planteamiento de la parte es un intento de transformar omisiones de carácter formal en indefensión de carácter sustancial, que, como bien dice la sentencia apelada, es lo que debe contar, y que ésta rechaza con buen criterio, calificando la tesis de la parte como

referida a un problema de valoración de prueba, correspondiente a un plano de legalidad ordinaria.

La alegación de la parte pudiera tener, quizás, otra perspectiva constitucional de análisis; pero la de la indefensión, que es la alegada, y rechazada en la sentencia, no es convincente, como en ella se demuestra.

Debemos así compartir la fundamentación de la sentencia impugnada, y rechazar su impugnación.

QUINTO.- El segundo de los amplios motivos de impugnación (ap. III de las alegaciones apelatorias), se refiere a la "vulneración del principio non bis in idem", bajo cuya rúbrica, en apartado sucesivos se refiere: al "principio constitucional" (1), a la "infracción del principio" (2), a "la sentencia apelada", y a una "conclusión".

Aceptando, como es obligado y como, por lo demás, la sentencia apelada proclama, la vigencia del principio, en cuanto a la alegada "infracción del principio" debemos observar que hallándonos, como nos hallamos, en un recurso de apelación, no es lo adecuado reproducir una alegación rechazada en la sentencia, sino que lo correcto es aportar la crítica de ésta, evidenciadora de su hipotético error al rechazarla.

Debemos por tanto centrar nuestro análisis en el apartado referido a "la sentencia apelada", y en su crítica el fundamento de derecho noveno.

En ella, en síntesis, se hace una doble afirmación que la parte censura: a) que "en este caso no se ha impuesto a los responsables de E., SA 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 el Ministerio Fiscal"; b) que "aun en el supuesto de que hubiera un proceso penal en curso a la hora de dictar la resolución adecuada, 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 24/1988 y sólo en el supuesto allí contemplado".

La crítica de la parte, de un indudable y exagerado esquematismo formal, e incluso de claro sentido distorsionador, consiste en aislar de su contexto total la expresión de la sentencia alusiva al significado de la alegación impugnatoria, que en aquélla se analizaba, como de "legalidad ordinaria", eludiendo en realidad el verdadero contenido sustancial del fundamento que critica. Aunque se acepte con la parte que la infracción del principio "non bis in idem" no es nunca cuestión de legalidad ordinaria, y que "el principio se infringe no sólo cuando ya ha recaído sentencia penal sobre el mismo hecho, sino cuando sobre los mismos hechos se han iniciado –y siguen su trámite- actuaciones procesales penales", con ello no se da respuesta a la afirmación clave de la sentencia de que ni se ha impuesto a los responsables de E., SA. condena penal, ni consta que se siga contra los mismos procesos penal alguno.

Pero lo fundamental en todo caso, es lo que apunta la sentencia sobre la índole del hipotético delito y la posibilidad, según ella, de la duplicidad de sanciones, con la que se está apuntando hacia lo que el Abogado del Estado había expresado en su contestación a la demanda (F. Tercero) y reitera en los mismos términos en sus alegaciones como apelado, cuando se refiere a la compatibilidad de sanción penal y administrativa en las relaciones de sujeción especial, y la inexistencia de identidad de hechos, pues el simple paso del tanto de culpa al Ministerio Fiscal, no se refería al hecho por el que se sancionó en el orden administrativo, sino a otros hechos concurrentes con él, o instrumentalmente utilizados para llegar a él, que no eran objeto de la sanción administrativa; pero que podían tener significado penal.

Es esa diversidad de hechos, que, en su caso, puede dar lugar a la aplicación de tipos de infracción (penal y administrativa) asimismo distintos, lo que elimina la misma base conceptual del principio, que la parte dice infringido.

Cualquiera que sea la fórmula del acuerdo de dar traslado al Ministerio Fiscal, en el contexto en que ello se produce, y dados los hechos revelados en el expediente, y entre ellos el hecho concreto por el que se sancionó a la recurrente, no existe duda de que ese traslado no se basa en la consideración de que ese concreto hecho pueda ser constitutivo de delito, sino que sin duda se está refiriendo a los otros hechos producidos para realizar el que se sancionó por la Administración.

“La no paralización del procedimiento administrativo sancionador una vez que se hubo dado traslado del expediente al Ministerio Fiscal”, en contra de lo que se dice en la “conclusión” del motivo que analizamos, no constituye por tanto vulneración del principio non bis in idem.

El art. 96 de la Ley 24/1988, que sin duda parte de la existencia de una relación de sujeción especial consagra la posible concurrencia e independencia del ejercicio de la potestad sancionadora regulada en esa Ley y de la punición de los posibles delitos o faltas. Y aunque establece la suspensión del procedimiento administrativo por la pendency del proceso penal, eso es “cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible”, hipótesis que, como hemos demostrado, no se da.

Debe, pues, rechazarse el motivo de impugnación analizado.

SEXTO.- El último de los motivos de impugnación de la sentencia se refiere a la “vulneración del derecho a la igualdad”, que se entiende producida por el hecho de que al Agente de Cambio y Bolsa, que medió en la operación, por la que la recurrente fue sancionada, no se le incoó expediente, ni se le sancionó. Como en el motivo anterior la parte primero expone su alegato de vulneración del derecho de igualdad, pasando después al análisis de la sentencia apelada, siendo lo adecuado, al haberse pronunciado la sentencia, rechazándola, sobre alegación homónima de demanda, examinar si la impugnación del fundamento de la sentencia aludido, el décimo, es o no convincente.

En aquél, como se transcribe en la alegación, se dice, con referencia a la tesis de la parte, reproducida en la apelación, que “tal razonamiento carece de lógica: si no se ha

expedientado y sancionado al fedatario es evidente que tal hecho no puede motivar la anulación del acto impugnado ni, mucho menos, exculpar a E.; SA" . Y remata la sentencia, aunque no lo transcribe la alegación, que "lo lógico sería pedir también su sanción pero no por su impunidad sustentar también la de E., SA.

El argumento de la sentencia es contundente, y desde luego no alcanza a desvirtuarlo la alegación de la parte de que "vinculando el derecho a la igualdad con la garantía de imparcialidad... el resultado es haber incurrido en arbitrariedad «arbitrariedad» que proscribió la Constitución (art. 9º 3), con la consiguiente nulidad del procedimiento...etc."

Basta la transcripción del alegato para evidenciar su inoperancia lógica frente a la indicación de la sentencia.

Como dice el Abogado del Estado en su alegación como apelado, reproducción literal de la correlativa de contestación a la demanda, con cita de la doctrina constitucional, no cabe la igualdad en la ilegalidad, por lo que si hubiera alguna ilegalidad en la incoación del expediente al Agente de Cambio y Bolsa, esa impunidad (que en tesis de la parte sería ilegal), no puede servir de base para pretender la propia impunidad, como bien dice la sentencia.

En todo caso la alegada falta de competencia de la CNMV para expedientar al Agente de Cambio y Bolsa, alegada por el Abogado del Estado, elimina todo atisbo de trato discriminatorio, o arbitrario por su parte.

Se impone por ello el rechazo de este último motivo de impugnación, y en suma de la apelación.

SÉPTIMO.- Es preceptiva la imposición de costas a la apelante, conforme a lo dispuesto en el art. 10.3 de la Ley 62/1978.