

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JULIO DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 7ª

Recurso nº: 754/98
Ponente: D. Juan José González Rivas
Acto impugnado: Sentencia de 3 de diciembre de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a diecinueve de Julio de dos mil dos.

Visto por la Sección Séptima de la Sala Tercera del Tribunal Supremo el recurso de casación nº 754/98 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña T.P.A., en nombre y representación de Don F.S.A., contra sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de diciembre de 1997, habiendo sido parte recurrida Doña E.Z.M. que ostenta la representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid conoció del recurso nº 1087/97 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña T.P.A., en nombre y representación de D. F.S.A., contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 3 de junio de 1997, por la que se acordaba *“no admitir y en todo caso desestimar”* el recurso ordinario entablado frente a la de la Comisión Nacional del Mercado Nacional de Valores de 29 de enero de 1997, que le impuso, en aplicación del artículo 100.n) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 20.000.000 de pesetas.

SEGUNDO.- La sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de fecha 3 de diciembre de 1997, contenía la siguiente parte dispositiva: *“Que desestimando el recurso contencioso administrativo de la Ley 62/78, nº 1087/97, interpuesto, en escrito presentado el día 20 de junio de los corrientes, por la Procuradora Doña T.P.A., actuando en nombre y representación de Don F.S.A., contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 3 de junio de 1997, por la que se acuerda «no admitir y en todo caso desestimar» el recurso ordinario entablado frente a la de la Comisión Nacional del Mercado Nacional de Valores de 29 de enero de este mismo año, que le impuso, en aplicación del artículo 100.n) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 20.000.000 de pesetas, debemos declarar y declaramos que la resolución impugnada no incide negativamente en el contenido constitucional de los artículos 24.1 y 25.1 de la CE y, en consecuencia, confirmamos, desde esta perspectiva constitucional, su validez y eficacia. Con expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a la parte recurrente”*.

TERCERO.- Ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de Don F.S.A. y se opone a la prosperabilidad del recurso la representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y el Ministerio Fiscal.

CUARTO.- Cumplidas las prescripciones legales, se señaló para votación y fallo el día 16 de julio de 2002

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JUAN JOSÉ GONZÁLEZ RIVAS.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El primero de los motivos de casación se basa, al amparo del artículo 95.1.4 de la LJCA en la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, entendiéndose vulnerado el artículo 25 de la CE.

Para la parte recurrente, en el supuesto en el que nos encontramos, los hechos enjuiciados en el expediente administrativo sancionador seguido contra D. F.S.A. y los que dieron lugar a las Diligencias Previas 21/97.P son exactamente los mismos, esto es, la realización por parte de Don F.S.A. de una serie de operaciones de compraventa de valores de forma, aparentemente, irregular, al haber realizado actuaciones en beneficio de determinados empleados de Caja E. y en perjuicio de esta última entidad.

Así, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 29 de enero de 1997, consideró como hechos constitutivos de una infracción grave tipificada en la letra n) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la vulneración del principio de prioridad de los intereses del cliente, establecido en los artículos 79 y 80 del mismo texto legal, la realización por parte de D. F.S.A. de *“actuaciones durante, al menos, 1993 y 1994, en beneficio de determinados empleados de Caja E y en perjuicio de esta última entidad”* y el último párrafo del epígrafe II referente a los hechos probados de la citada Resolución (conclusión nº 7) que dispone que *“la ejecución de esta operativa, que implicaba la obtención de beneficios asegurados sin riesgo alguno, puesto que las operaciones se adjudicaban una vez sabido el resultado, fue posible para los empleados de la Caja como consecuencia de la aceptación por Don F.S. de éstos, de órdenes de compraventa conjunta para diferentes clientes (Caja E, versus, cada uno de los familiares de aquéllos), y sin identificación clara y precisa, por tanto, del concreto ordenante y del alcance y sentido de la orden, provocando con ello situaciones de conflicto de intereses en las que se ha privilegiado a unos clientes (familiares de los empleados de la Caja) en perjuicio de otro (Caja E.)”*.

Por su parte, la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal, en el hecho segundo señala que *“pues bien, hasta principios de 1994, los dos primeros querellados (que son los mismos empleados de Caja E. , que resultaron implicados en el procedimiento administrativo sancionador) y básicamente a costa de la Entidad Caja E., contrataron telefónicamente con el querellado F.S.A. la compra y venta de valores sobre renta variable de forma innominada, es decir, sin especificación del cliente por cuenta del cual se encargaban, para proceder diariamente y al cierre de la Bolsa, sobre las cinco de la tarde, a comunicar a F.S.A. el desglose, operación por operación, de tal forma que aquellas compras o ventas diarias resultaban rentables y se imputaban en las cuentas de sus esposas”*.

SEGUNDO.- Analizando la vulneración del artículo 25.1 de la Constitución por infracción del principio “non bis in idem”, entiende la parte recurrente que se han incoado dos procedimientos por unos mismos hechos, que son el administrativo y el penal, por lo que desde este punto de vista procede entender vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución en el Acuerdo recurrido, con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal y del Tribunal Constitucional.

En el análisis de este punto llegamos a sentar las siguientes premisas, en el conocimiento de la cuestión suscitada:

1º) El Ministerio Fiscal promueve una querrela como consecuencia de la remisión de lo actuado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores por posible delito de apropiación indebida.

2º) En el ámbito administrativo y al amparo de lo dispuesto en la Ley reguladora del Mercado de Valores 24/1988, de 28 de julio, se siguen actuaciones encaminadas a la averiguación de las conductas tipificadas en dicha norma que tiene como objetivo la supervisión, inspección y sanción por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, no sólo a las Sociedades y Agencias de Valores, sino también a cuantas personas físicas y jurídicas ejerzan actividades relacionadas en el artículo 71 de la Ley, emisores de valores y demás personas o entidades, en la medida en que realicen actividades reguladas en la propia ley y se relacionen con el Mercado de Valores, ajustándose, en todo caso, el procedimiento sancionador a las directrices igualmente previstas en la ley sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito y al control del Banco de España y de su inspección.

TERCERO.- En el caso examinado, la jurisdicción penal no puede limitar ni condicionar el ejercicio de la potestad sancionadora por parte de la Administración en el ámbito específico de sus atribuciones, pues una y otra obligación nacen de causas distintas, la primera tiene naturaleza penal y trata de determinar unas responsabilidades punibles dentro de los tipos previstos en el Código Penal y la segunda, dimana de conductas sancionables con arreglo a la Ley 24/1988 de 28 de julio.

Así, la sentencia recurrida analiza si entre el procedimiento administrativo sancionador y la causa penal que se tramita en el Juzgado de Instrucción nº 39 de Madrid existe la triple identidad prohibida por el referido principio y al respecto, la Sala de instancia pone de manifiesto que desconoce el contenido de la querrela interpuesta por el Ministerio Fiscal y que, parece, fue admitida a trámite por Auto del Juzgado de 15 de enero de 1997, extremo esencial para apreciar, o no, la violación constitucional denunciada por el actor y es una omisión imputable al recurrente, pues quien invoca la violación de un derecho fundamental tiene la carga procesal de alegar y probar esa violación, fundamento de su pretensión impugnatoria.

Es cierto que en ambos procedimientos existía una identidad de sujetos, al menos en cuanto a la persona del actor, pero no se advierte identidad de hechos ni de fundamento,

imprescindible para apreciar la violación constitucional, partiendo de las siguientes consideraciones:

a) En el procedimiento penal se investigan unos hechos supuestamente constitutivos de un delito de apropiación indebida. El procedimiento administrativo sancionador que concluye con la resolución impugnada se contrae, únicamente, a sancionar el incumplimiento de un deber de naturaleza administrativa: dar absoluta prioridad al interés del cliente (artículos 79 y 80 de la Ley 24/88).

b) La dualidad normativa (art. 252 del Código Penal y art. 100. n, en relación con los artículos 79 y 80 de la Ley 24/88) tienen un interés jurídicamente protegido diverso, pues mientras que el bien jurídico protegido en el delito de apropiación indebida es cualquier elemento patrimonial ajeno y la buena fe o las relaciones fiduciarias que surgen en el tráfico jurídico, la finalidad fundamental que persigue la tipificación administrativa del incumplimiento del deber de dar prioridad al interés de los clientes es tutelar los derechos de los inversores, velando por la transparencia del mercado financiero.

CUARTO.- El análisis precedente, extraído esencialmente del examen de la sentencia recurrida, permite sentar las siguientes conclusiones:

a) El fundamento de la pretensión que discurre por el procedimiento administrativo no se anuda a ningún delito, sino a una posible responsabilidad administrativa sancionadora, al amparo de la indicada ley, teniendo en cuenta la previsión del artículo 96 de la Ley 24/88, que indica que el ejercicio de la potestad sancionadora es independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal, admitiéndose, únicamente, la suspensión del proceso administrativo dando prevalencia al penal cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros, cuya separación de los sancionables con arreglo a la ley, sea racionalmente imposible.

b) El procedimiento penal tiene una finalidad concreta y determinada, que es la averiguación de la existencia del delito por acción u omisión y las facultades que competen a la Comisión del Mercado de Valores, se enmarcan en un ámbito distinto.

c) No es idéntica la norma jurídica aplicada, ya que la actuación penal viene condicionada por la averiguación de hechos constitutivos de apropiación indebida, mientras que en el caso que estamos examinando, las sanciones contra las que se recurre no encuentran su fundamento en el Código Penal, sino en la Ley 24/88 de Regulación del Mercado de Valores, de forma que a los hechos, supuestamente constitutivos de delito (por apropiación indebida), sería aplicable el artículo 252 del Código Penal, en la redacción vigente: Ley Orgánica 10/95 de 23 de noviembre y en el caso que aquí enjuicamos, por la aplicación de la Ley 24/88, se constata la tipificación administrativa y la sanción del incumplimiento de obligaciones que persiguen garantizar la solvencia de las entidades financieras, tutelando los derechos de tercero, defendiendo la prioridad de los intereses de los inversores sobre los de las entidades bursátiles y velando por la transferencia del Mercado de Valores.

QUINTO.- Completan la anterior reflexión los siguientes criterios, extraídos del análisis de la jurisprudencia constitucional:

a) El principio non bis in idem requiere identidad fáctica de lo enjuiciado y existencia de una condenado que tenga en sustrato una idéntica valoración jurídica, es decir, que se vuelva a valorar desde la misma perspectiva jurídica lo que haya sido valorado, como ya afirmó la sentencia del Tribunal Constitucional nº 154/90 y el posterior Auto de inadmisión 329/95.

b) La prohibición que expresamente reconoce la sentencia del Tribunal Constitucional 66/86 (fundamento jurídico segundo), de un ejercicio reiterado del ius puniendi del Estado, que impide castigar doblemente en el ámbito de las sanciones penales y en el de las administrativas y proscribire la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas en aquellos casos en los que adecuadamente se constate que concurre la identidad de sujeto, hecho y fundamento, constituye un principio o regla que por lo que concierne a la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se encuentra enunciado entre las que disciplinan el ejercicio de tal potestad, en la forma que reconoce el artículo 133 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, sobre Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el Proceso Administrativo común (Auto del Tribunal Constitucional 365/91, fundamento jurídico quinto, todo ello completado con la previsión contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional 221/97, fundamento jurídico tercero).

En el caso examinado, debe rechazarse la alegación fundada en la vulneración del principio non bis in idem y no consta que se haya dictado , sentencia definitiva en el orden penal, por lo que procede rechazar el motivo.

SEXTO.- El segundo motivo de casación, al amparo del ordinal 4º del artículo 95.1 de la LJCA, se basa en la infracción de las normas de la jurisprudencia aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate y se invoca la sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre y las del Tribunal Supremo de 24 de abril de 1996 y de 14 de noviembre de 1997.

La sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983 dispuso que el principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico pueden producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos de Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba, en todo caso, respetar, cuando actúa a posteriori, el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la

Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

SÉPTIMO.- En el caso examinado, la falta de concurrencia de la identidad objetiva y del fundamento de la pretensión desvirtúa la vulneración de la doctrina jurisprudencial invocada que se contiene en la referida STC nº 77/83, ni tampoco se pone en duda la vulneración del artículo 25 de la CE, desde la perspectiva de la doble garantía material y formal del referido precepto.

No resultan aplicables los criterios manifestados en la jurisprudencia del Tribunal Supremo invocados por la parte recurrente, pues en la cuestión examinada, frente al criterio de la STS de 26 de abril de 1996, no se contempla un delito fiscal y una infracción tributaria, como sucede en aquel caso en que se imponía la respuesta judicial y la posterior liquidación tributaria.

Tampoco son aplicables los criterios que se extraen del análisis de la sentencia de 14 de noviembre de 1997 al calificar como simulación de transferencias la infracción tipificada como muy grave en la letra s) del artículo 99 de la Ley 24/88 coincidente con el nº 3 de la querrela formulada, lo que no es predicable en el caso examinado, pues el acto recurrido se refiere a la vulneración del principio de prioridad de los intereses del cliente establecido en los artículos 79 y 80 de la Ley 24/88 y el delito de apropiación indebida está previsto en el artículo 252 del Código Penal, con distinto alcance y contenido que la tipificación de la infracción administrativa.

Estos razonamientos determinan la desestimación del segundo motivo.

OCTAVO.- Finalmente, al amparo del ordinal 3º del artículo 95.1 de la LJCA, se alude por el recurrente al quebrantamiento de las normas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, por haberse producido indefensión para dicha parte, pues las ventajas que supone el carácter excepcional, sumario y urgente propio de la garantía contencioso-administrativa prevista en la sección 2ª de la Ley 62/78, están establecidas en beneficio del propio recurrente y justificadas por el carácter privilegiado de la protección que el ordenamiento jurídico otorga a los derechos fundamentales, pero sin que en ningún caso ello pueda suponer una merma de las garantías procesales que se ofrecen al recurrente en el ámbito ordinario del procedimiento contencioso-administrativo. Es decir, si bien de conformidad con el artículo 8.2 de la Ley 62/1978, la remisión del expediente administrativo debe hacerse en el plazo de cinco días, a partir de la recepción del requerimiento de la Sala, no hay que olvidar que esta brevedad de plazo obedece a la tramitación breve y sumaria propia de este tipo de procedimiento y en el supuesto que nos ocupa, la falta de remisión del expediente administrativo ha colocado al recurrente en una situación de indefensión ante el propio órgano judicial que, al no contar con el expediente, no ha podido comprobar la veracidad ni el alcance de las alegaciones manifestadas en la demanda por el recurrente.

NOVENO.- Para que se entienda producida la vulneración del artículo 95.1.3 de la LJCA, en la redacción por Ley 10/92 de 30 de abril, es necesaria la concurrencia de las siguientes circunstancias:

a) Que se produzca una vulneración de las formas esenciales del juicio, por lo que las infracciones intrascendentes o irregularidades irrelevantes no pueden basar la impugnación, como en asuntos similares ha declarado la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1990.

b) El quebrantamiento por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con vulneración de las normas contenidas en las disposiciones legales y en las garantías constitucionales previstas en el artículo 24 de la Constitución, en coherencia con la sentencia de la Sala Primera de 3 de febrero de 1992.

c) Real producción de indefensión, pues no es suficiente el quebrantamiento de una formalidad esencial si no va acompañada de una indefensión, como consecuencia de la falta denunciada, pues ello constituye el requisito que podemos considerar medular para la prosperabilidad del recurso.

d) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo entiende por indefensión una limitación de los medios de defensa imputable a una indebida actuación de los órganos judiciales, pues como ha reconocido la jurisprudencia constitucional (así en sentencias 70/84, 48/86, 64/86, 98/87, entre otras), no coincide necesariamente una indefensión relevante constitucionalmente con el concepto de la misma desde el punto de vista jurídico-procesal y no se produce por cualquier infracción de las normas procesales, pues consiste, en esencia, en un impedimento del derecho a alegar y demostrar en el proceso los propios derechos, produciéndose una privación en cuanto a alegar y justificar los derechos e intereses de la parte para que le sean reconocidos o para, en su caso, replicar dialécticamente a las posiciones contrarias.

e) Llegamos así a la consideración de que existe indefensión cuando se sitúa a las partes en una posición de desigualdad y se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción, no pudiéndose afirmar que se ha producido dicha indefensión cuando existe una posibilidad de defenderse en términos reales y efectivos, sin importar la limitación ni la trascendencia de las facultades de defensa.

El motivo resulta rechazable si tenemos en cuenta el contenido constitucional del artículo 24.2 de la CE, pues el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Norma fundamental) asegura, entre otras, la debida defensa, que no ha resultado vulnerada, en coherencia con el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con arreglo a cuyas determinaciones han de ser interpretadas las normas constitucionales declarativas de derechos (art. 10.2 CE).

En la cuestión examinada no cabe estimar la situación de indefensión material que sustenta la infracción del artículo 24.1 de la CE, pues el recurrente conoció la cuestión planteada, formuló las alegaciones procedentes e interpuso los recursos procedentes, por lo que procede desestimar el motivo.

DÉCIMO.- Los razonamientos precedentes conducen a declarar no haber lugar al recurso de casación, con imposición de costas a la parte recurrente, por imperativo legal.

FALLAMOS

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación nº 754/98 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña T.P.A., en nombre y representación de Don F.S.A., contra sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 3 de diciembre de 1997, que desestimó el recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78, nº 1087/97, interpuesto, en escrito presentado el día 20 de junio de 1997 por la Procuradora Doña. T.P.A., actuando en nombre y representación de Don F.S.A., contra la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de 3 de junio de 1997, por la que se acordó «no admitir y en todo caso desestimar» el recurso ordinario entablado frente a la de la Comisión Nacional del Mercado Nacional de Valores de 29 de enero de 1997, que le impuso, en aplicación del artículo 100.n) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una multa de 20.000.000 de pesetas y declaró que, la resolución impugnada no incidía negativamente en el contenido constitucional de los artículos 24.1 y 25.1 de la CE y, en consecuencia, confirmó, desde esta perspectiva constitucional, su validez y eficacia, sentencia que procede declarar firme, con imposición de costas a la parte recurrente, por imperativo legal, en la primera instancia jurisdiccional y en este recurso de casación.

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