

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 20 DE
JULIO DE 1994**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 8ª.

Procedimiento: Ley 62/78 (Derechos Fundamentales)
Recurso nº: 2127/93
Ponente: Dª Inés Huerta Garicano
Acto impugnado: Providencia de la CNMV de 16 de diciembre de 1993
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veinte de julio de mil novecientos noventa y cuatro.

VISTOS por la Sala, constituida por los Srs. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78, nº 2127/93, interpuesto por el Procurador D. J.C.P.G., actuando en nombre y representación de D. F.O.M., contra la Providencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de diciembre de 1993 - dictada en el procedimiento sancionador incoado por supuesta infracción del art. 81 de la Ley 24/88, del Mercado de Valores-, por la que se deniega su petición de suspensión del referido procedimiento, instada en escrito de 25 de noviembre.

Han sido partes la Comisión Nacional del Mercado de Valores, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos y Abogado del Estado, D. G.J.B. y el Ministerio Fiscal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia que anulase la resolución impugnada.

SEGUNDO.- El Ministerio Fiscal formuló alegaciones en las que interesaba la desestimación del recurso.

La representación procesal de la Comisión Nacional del Mercado de Valores solicitó la inadmisibilidad del recurso, y, subsidiariamente, su desestimación.

TERCERO.- No habiéndose recibido el proceso a prueba, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO.- Para votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 19 de julio de 1994, teniendo lugar.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección IIma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la Providencia recurrida, por la que se deniega la suspensión del procedimiento sancionador incoado al demandante, incide negativamente en el contenido constitucional del art. 25.1 de la Constitución.

Las alegaciones en las que la parte actora funda su pretensión impugnatoria son:

a) Existe una absoluta prioridad y preferencia del orden jurisdiccional sobre el orden administrativo, por cuyo motivo la Administración se encuentra obligada a someterse al pronunciamiento que sobre unos determinados hechos efectúe la autoridad judicial, absteniéndose de iniciar o proseguir actuaciones de carácter sancionador sobre esos mismos hechos hasta que el procedimiento penal concluya.

b) La Administración demandada al denegar la suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta tanto no se pronuncien los Tribunales penales sobre la causa, que por presunto delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, tipificado en el art. 540 del Código Penal, se tramita en el Juzgado Central de Instrucción nº 3, Diligencias Previas 54/92, y en la que el recurrente ha declarado como inculpado, ha quebrado este principio constitucional de subordinación de la Administración al previo pronunciamiento de los Tribunales.

c) Dicho principio es complemento del principio "non bis in idem", igualmente conculcado pues existe una identidad de sujeto, hechos y fundamento jurídico de la punición entre los procedimientos penal y sancionador actualmente en trámite.

SEGUNDO.- Del expediente remitido por la Administración demandada y de las alegaciones vertidas en los escritos forenses de las partes, quedan acreditados los siguientes extremos:

1) El Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó, en fecha 19 de mayo de 1993, incoar expediente sancionador a D. F.O.M., por la presunta comisión de una infracción muy grave, comprendida en la letra o) del art. 99 de la Ley 24/88 (abuso de información privilegiada), al haber actuado como inversor interno al círculo de información no hecha pública -en su condición de Director General de A.F.F., miembro de mercado más activo en la negociación en Bolsa de 2.545.299 acciones de la entidad A.F.I.S.A. durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1989 y el 30 de agosto de 1990 y persona encargada de acudir al corro de A.F.I.S.A. para ejecutar las operaciones intermediadas por dicha entidad-, realizando operaciones a su nombre sobre el valor A.F.I.S.A. con un beneficio de 5.014.000 ptas., al haberse realizado las compras a los cambios menores de cada periodo y las ventas a los cambios más altos.

2) En el Juzgado Central de Instrucción nº 3 se siguen Diligencias Previas nº 54/92, incoadas en virtud de querrela interpuesta por "P, S.A." por presunto delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, tipificado en el art. 540 del Código Penal, en las que ha declarado el hoy recurrente en calidad de inculpado, entre otros muchos querrellados.

Los hechos que, básicamente, motivaron la querrela son: Las sociedades suecas "B.B.", "F, AB" y "F.B.O.F., AB", titulares del 42,38% de A.F.I.S.A., para obtener la mayoría de ésta y evitar presentar una OPA a todos los accionistas, adquirieron el 20% del capital de A.F.I.S.A., propiedad de "L, S.A.", a través de los corros en Bolsa. Actuó como comprador la propia A.F.I.S.A., que adquirió el 20% de su capital para su autocartera, en parte directamente y en parte a través de su filial "S.D. 5, S.A.". Paralelamente, su Consejo de Administración ordenó paralizar las ventas de inmuebles, única fuente de ingresos de la sociedad, lo que provocó - junto con el endeudamiento originado por la operación de autocartera- la caída del precio de cotización de sus acciones, que fue aprovechada por el grupo sueco para adquirir a la baja. Una vez adquirida la mayoría, y haciendo uso de ésta, el citado grupo aprueba, en su Junta general, la exclusión de las acciones de A.F.I.S.A. de cotización en el Mercado de Valores, presentando al efecto una OPA de exclusión a un precio de 2.000 ptas. la acción, es decir, entre 3.000 y 5.000 ptas. por debajo de su valor real.

3) En las alegaciones a la Propuesta de Resolución en el procedimiento sancionador - formuladas en escrito de 25 de noviembre de 1993-, el hoy recurrente, solicitó, con cita del art. 25 de la Constitución, la suspensión del procedimiento hasta tanto recayera resolución definitiva en la causa penal, por entender que los hechos objeto del expediente sancionador formaban parte de los que se estaban investigando en el procedimiento judicial antecitado, siendo denegada en Providencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de diciembre del expresado año 1993.

TERCERO.- Dos son las causas de inadmisibilidad opuestas por la Administración demandada: falta de representación de la firmante de la demanda e inimpugnabilidad del acto recurrido por no reunir los requisitos exigidos por el art. 37 de la Ley Jurisdiccional en relación con el art. 6 de la Ley 62/78.

El representante de la Administración incurre en un error al denunciar la primera causa de inadmisibilidad, pues el escrito de demanda va firmado, no sólo por el Sr. G.R., Letrado del recurrente, sino también por el Sr. P.G., que es quien ostenta la representación técnica del actor. Consecuencia de ello es que no cabe reproche alguno en la representación actora, ni en la forma de la demanda.

Tampoco cabe acoger la segunda causa de inadmisibilidad. Muy poco dice la Ley 62/78 sobre los actos que pueden ser sometidos a revisión en el amparo ordinario: habla de los "actos de la Administración sujetos a Derecho administrativo" y declara la supletoriedad de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Tal parquedad ha sido objeto de interpretación jurisprudencial, siendo mayoritaria y, hoy puede afirmarse, unánimemente aceptada la interpretación favorable a los derechos fundamentales, por la que se incluyen,

además de los actos a los que alude el art. 37 de la Ley Jurisdiccional, los actos de trámite - como el de autos- y los actos materiales o vías de hecho.

CUARTO.- Despejados los óbices procesales y entrando en el fondo del recurso, la cuestión sometida a debate es, básicamente, la vulneración del “non bis in idem” por la Providencia de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que deniega la suspensión del procedimiento administrativo sancionador hasta tanto no recaiga resolución firme en las Diligencias Previas 54/92 del Juzgado Central de Instrucción nº 3.

El principio general de Derecho, o regla jurídica no positivizada, conocida con el brocardo “non bis in idem” significa, en su vertiente material, la garantía para quien comete un acto ilícito de que no podrá ser sancionado dos veces por el mismo hecho y, en su aspecto procesal, que un mismo hecho no podrá ser objeto de dos procesos distintos, constituyendo, en todo caso, un límite al ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración. Si bien la Constitución prescindió de su formulación expresa, el Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que dicho principio está íntimamente ligado a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones, reconocidos en el art. 25.1 de la C.E. (STS 2/81, 30 de enero; 159/85, de 27 de noviembre; 66/86, de 23 de mayo...), teniendo la consideración, a efectos de los recursos de amparo -tanto ordinario como ante el Tribunal Constitucional-, de derecho fundamental.

El referido principio, en una de sus manifestaciones más conocidas -la que aquí nos interesa- supone la imposibilidad de que recaiga una duplicidad de sanciones -administrativa y penal- sobre unos mismos hechos, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (STC 2/81; 94/86, de 8 de julio; 234/91, de 10 de diciembre).

QUINTO.- En el supuesto de autos será preciso analizar si entre el procedimiento administrativo sancionador y la causa penal que se tramita en el Juzgado Central nº 3 existe esa triple identidad prohibida por el referido principio.

Ciertamente en ambos procedimientos existe, o parece existir, una identidad de sujetos, pues aunque el recurrente no figura entre los querellados, ha declarado en calidad de inculpado en las Diligencias Previas 54/92.

Sin embargo, la Sala no advierte identidad de hechos ni de fundamento, imprescindible para apreciar la violación constitucional denunciada.

En el procedimiento penal se investigan unos hechos supuestamente constitutivos del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas y que, muy extractadamente se han recogido en el apartado 2) del Fundamento de Derecho Segundo. El procedimiento administrativo sancionador se contrae, únicamente, a las operaciones de compra y venta de acciones de A.F.I.S.A. que efectuó, en su propio nombre e interés, el demandante, valiéndose de una información privilegiada que poseía en su condición de Director General de A.F.F., miembro de mercado más activo en la negociación en Bolsa de 2.545.299 acciones de la entidad A.F.I.S.A. durante el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 1989 y el 30 de

agosto de 1990 y persona encargada de acudir al correo de A.F.I.S.A. para ejecutar las operaciones intermediadas por dicha entidad, sancionándose una conducta atípica penalmente, ya que el art. 368 del Código Penal, redactado conforme a la Ley Orgánica 9/91, de 22 de marzo, tipifica penalmente el uso indebido de secretos e información privilegiada por parte del funcionario público o autoridad, cualidades que no concurren en el actor.

Tampoco existe esa igualdad de fundamento. La dualidad normativa -art. 540 del Código Penal y art. 99 o) de la Ley 24/88- tienen un interés jurídicamente protegido diverso. Mientras que el bien jurídico protegido en el delito tipificado en el art. 540 del C. Penal es la política económica de precios, entendida como un poder ordenador que tiene la Administración para fijar los precios en función de los diversos factores concurrentes, la finalidad fundamental que persigue la tipificación administrativa del abuso de información privilegiada es mucho más restringida y específica: la claridad y transparencia en el mercado de valores, erradicando la manipulación de la información y la especulación injusta con los títulos valores, pues, con ello, se conseguirá la confianza en el mercado bursátil.

Tal diversidad de hechos y fundamento excluye, a juicio de la Sección, toda posibilidad de afectación negativa del "non bis in idem", permitiendo la coexistencia simultánea de ambos procedimientos con dos campos de actuación distintos.

SEXTO.- Los razonamientos precedentes llevan a la desestimación de la pretensión, y, por imperativo del art. 10.3 de la Ley 62/78, procede imponer las costas a la parte demandante.

FALLAMOS

Que DESESTIMANDO el recurso contencioso-administrativo de la Ley 62/78, nº 2127/93, interpuesto por el Procurador D. J.C.P.G., actuando en nombre y representación de D. F.O.M., contra la Providencia de la Comisión Nacional del Mercado Nacional de Valores de 16 de diciembre de 1993 -dictada en el procedimiento sancionador incoado por supuesta infracción del art. 81 de la Ley 24/88, del Mercado de Valores-, por la que se deniega su petición de suspensión del referido procedimiento, instada en escrito de 25 de noviembre, debemos declarar y declaramos que la Resolución impugnada no incide negativamente en el contenido constitucional del art. 25.1 de la C.E., 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.

Esta resolución no es firme y frente a la misma cabe recurso de casación que habrá de prepararse, de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ante esta Sección en el plazo de diez días, computados desde el siguiente a su notificación y ello, sin perjuicio del recurso de revisión; en los supuestos y plazos establecidos en el art. 102 c) de la Ley Jurisdiccional en esta vía jurisdiccional.

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