

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 22**  
**DE SEPTIEMBRE DE 1998**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª**

Recurso nº: 2055/93  
Ponente: D. Fernando Ortiz Montoya  
Acto impugnado: Providencia de los instructores del expediente sancionador de 9 de diciembre de 1993  
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veintidós de septiembre de mil novecientos noventa y ocho.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo nº 2055/93, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. R.N., en nombre y representación de la mercantil "U.S., S.A.", contra la resolución de los Instructores tramitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, fecha 9 de Diciembre de 1993, habiendo sido parte la Administración demandada representada por el letrado Don J.P.R.

Y habiendo actuado como coayuvante el Procurador de los Tribunales Sr. O.C., en nombre y representación de "A., S.A."

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la Ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- El letrado Sr. P.R. y el Procurador Sr. O.C., contestan a la demanda, mediante escrito en el que suplican se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 15 de Septiembre de 1998, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. D. FERNANDO ORTIZ MONTOYA.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.- En Madrid a 9 de Diciembre de 1993, los instructores del expediente sancionador que se tramita en la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la presunta comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra i) del artículo 99 de la Ley 24/88 de 28 de Julio del Mercado de Valores contra "L., S.A." y "U.S., S.A.", habiéndose presentado por "L., S.A.", estrictas alegaciones en el ámbito del expediente sancionador dictando la siguiente providencia: "Desestimar la suspensión solicitada y

recordar a "L., S.A." por cuarta vez, que se halla pendiente de cumplimentar el requerimiento relativo a los cambios medios de adquisición de las acciones "A., S.A." solicitadas".

La resolución se fundamenta del siguiente modo: HECHOS: 1º) los días 12 de Noviembre y 7 y 9 de Diciembre de 1993, han tenido entrada en esta Comisión Nacional los escritos de alegaciones. 2º) En dichos escritos el alegante ("L., S.A.") solicitaba la suspensión de la tramitación del procedimiento sancionador al haberse planteado, a su juicio, el presupuesto de hecho contemplado en el artículo 96 de la L.M.V., como consecuencia de la existencia de un procedimiento de carácter penal ante el Juzgado Central de Instrucción nº 3, Diligencias Previas 54/92, siendo "L., S.A." una de las entidades querelladas, lo que obligaría a suspender el procedimiento sancionador hasta que recaiga pronunciamiento en vía jurisdiccional. 3º) Con fecha 5 de Noviembre de 1993, fue remitido a "L., S.A.", requerimiento de información complemento de otro de 2 de Marzo del mismo año, por el que se les solicitaba que detallasen el cambio medio de adquisición de las 182.605 acciones de "A., S.A." en su poder el 1 de octubre de 1989. En el escrito de 12 de Noviembre en el que se solicitaba la suspensión del procedimiento se contenía, igualmente, contestación a dicho requerimiento alegando "(...) la imposibilidad material de aportar información debido a su complejidad y a lo reducido del plazo (...)". 4º) Dado que al parecer los ocho meses anteriores no habían sido suficientes para obtener la información requerida, transcurridos 24 días, el 29 de Noviembre de 1993, se emitió nuevo requerimiento de información para que aportasen la información de referencia y que, de nuevo, no ha sido contestada, si bien, en escrito de 7 de Diciembre de 1993, se ha vuelto a solicitar la suspensión del procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO: 1º) El Art. 96 de la LMV (Ley del Mercado de Valores), establece en su párrafo primero, el criterio general en materia de concurrencia de jurisdicciones señalando que *"el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal (...)".*

2º) Sin embargo una vez delimitado el criterio general se establece una excepción a dicho principio al señalar *"(...) no obstante 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 el procedimiento quedará suspendido respecto a los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial (...)".*

3º) El artículo 133 de la Ley 30/92 establece en su artículo 113 *"no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".*

4º) En consecuencia la suspensión del procedimiento exigiría no solo una identidad entre los hechos constitutivos del ilícito administrativo y el ilícito penal, sino también una identidad en el fundamento de la sanción, y lo que es más importante en él supuesto que nos ocupa, una identidad entre los sujetos que vayan a ser sancionados.

Efectivamente y sin perjuicio de poderse estimar 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 determinado tipo de mercado con características específicas y propias que se derivan precisamente de su carácter oficial, no puede apreciarse, en este supuesto, identidad de sujetos, pues conforme al Art. "15 bis" del Código Penal, las personas jurídicas no son imputables en nuestro derecho. En este sentido, es doctrina histórica y reiterada en nuestro Ordenamiento jurídico la recepción del principio "SOCIETAS DELINQUIERE NON POTEST" que acompaña al principio de la pena, sin perjuicio de la posible sanción a la persona jurídica en vía administrativa, precisamente con carácter preventivo, y con la finalidad de evitar su instrumentalización para la realización de comportamientos delictivos. Es, por ello, evidente, que el fundamento de la sanción administrativa a la persona jurídica es diferente y, por tanto, compatible con la responsabilidad penal que pueda recaer a sus administradores.

5º) Las entidades expedientadas han alegado, en su último escrito que se les está produciendo indefensión al no contestarse las solicitudes de suspensión, eso sí, sin contestar ambos a los reiterados requerimientos realizados por los instructores para que suministren los cambios medios de adquisición de las acciones arriba detalladas, debiendo tenerse en cuenta al efecto, que difícilmente puede estarse causando indefensión al continuar la tramitación del expediente en el que todavía no ha recaído resolución, si tenemos en cuenta que, cualquiera que sea el resultado del incidente de suspensión, el único incidente que suspende la tramitación del procedimiento es la recusación, tal y como establece el Art. 55 de la L.P.A.

SEGUNDO.- En 22 de Diciembre de 1993, la representación de "U.S., S.A.", interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución más arriba citada de 9 de Diciembre de 1993 (notificada el 19) ante el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Novena.

TERCERO.- Por providencia de 23 de Marzo de 1994, se acumulan los autos 2056/93 seguidos por el mismo procurador en nombre y representación de "L., SA", contra la resolución de 9 de Diciembre de 1993, según la cual se acordaba desestimar la suspensión solicitada y recordar a "L., S.A." por cuarta vez, que se halla pendiente de cumplimentar el requerimiento relativo a los cambios medios de adquisición de las acciones de "A., S.A." solicitadas.

CUARTO.- En 3 de Mayo de 1994 "U.S., S.A." formula demanda alegando como hechos: 1º) que en 6 de Agosto de 1991, la entidad mercantil "P., S.A." interpuso una querella por el presunto delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (540 CP) dirigiéndose la acción contra personas físicas y jurídicas; querella que actualmente se tramita como Diligencias Previas bajo el nº 54/92, en el Juzgado Instructor nº 3 de la Audiencia Nacional. Los hechos que se denuncian se centran esencialmente en las actividades de determinadas personas tendentes a conseguir la mayoría en el capital social de "A., S.A.". Con este propósito y siempre según la versión de la querella, se realizaron una serie de actos ilícitos que presuntamente condujeron a una sensible caída de la cotización bursátil de las acciones de dicha sociedad "A., S.A.", en perjuicio de los pequeños accionistas quienes, como consecuencia de la presunta actuación de los querellados, y de las personas posteriormente inculpadas, vieron reducido el valor de sus participaciones a la hora de acudir a una oferta pública de adquisición de acciones para excluir el valor "A., S.A." de cotización en Bolsa. 2º) Posteriormente el Consejo de la

C.N.M.V., por acuerdo de 19 de Mayo de 1993, decidió incoar expediente sancionador a "U.S., S.A." "por la presunta comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra i) del Art. 99 de la Ley 24/88 del 28 de Julio, del Mercado de Valores (*"El desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores"*). 3º) El pliego de cargos contiene los siguientes fragmentos: "Efectivamente, en el período comprendido entre el 1 de Octubre de 1989 y el 30 de Agosto de 1990 se negociaron en bolsa 2.545.299 acciones (de "A., S.A.") con un efectivo total de 11.259 millones de pesetas (pág. 1177 del expte.). Analizada la contratación en el período conviene destacar las operaciones realizadas por los siguientes ordenantes finales (...). Del cuadro anterior se deduce que el peso de las operaciones ejecutadas por parte de "A., S.A.", "S.D., S.A." "U.S." y "L., S.A." (...) supusieron un 62,09% del total de las compras y un 41,11% del total de las ventas ejecutadas en el mercado". Refiriéndonos, en cuarto lugar a la entidad "U.S., S.A.", conviene destacar los siguientes hechos a) el 4 de Septiembre de 1989 la entidad procedió a ampliar el capital social inicial de 75 millones de pesetas a 3.375 millones de pesetas, mediante acuerdo de Junta General Universal, suscribiendo los 3.300 millones objeto de ampliación la entidad "L., S.A." quedando ésta con una participación final del 98,38% (pág. 1181 del expte.), "Se produjo un topo en la cotización de las acciones los días 18, 19 y 20 de Julio (de 1990) fechas en las que se efectuaron las ventas de "U.S., S.A.", pasando inmediatamente el valor primero a dejar de cotizar, y luego, a hacerlo con una ostensible bajada en su precio (27 de Julio) (pág. 1188 del expte.), "El inversor que adquirió los paquetes de acciones que estaban en propiedad de "U.S., S.A." fue la propia "A., S.A." (Ver Anexo) posibilitando ésta operativa que se pudiesen vender todos los títulos a unos cambios que permitieran a "U.S., S.A." obtener beneficios (pág. 1188 del expediente).

A la vista del Pliego de Cargos debe concluirse que los hechos que trata de aclarar la CNMV se contienen en aquellos que se persiguen en la Audiencia Nacional.

Como Fundamentos de Derecho: 1º) el artículo 96 de la Ley del Mercado de Valores. 2º) El artículo 25.1 de la Constitución tal como lo interpreta el Tribunal Constitucional según la cual "la subordinación de los actos de la Administración de imposición de sanciones a la autoridad judicial, exige que la colisión entre una actuación jurisdiccional y una actuación administrativa, haya de resolverse a favor de la primera".

Suplica sentencia por la que se declare contraria a derecho la providencia recurrida ordenando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que se abstenga de proseguir el procedimiento administrativo sancionador hasta tanto no recaiga pronunciamiento firme de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 54/92, con expresa imposición de costas a la Administración.

QUINTO.- En 29 de Septiembre de 1994, el mismo representante legal de "U.S., S.A." interpone demanda en representación de "L., S.A." citando como elementos del pliego de cargos que afecta a "L., S.A.", además de los mismos anteriores los siguientes: "analizando a continuación, la evolución del mercado en el intervalo de tiempo objeto de análisis y una vez determinada la importancia de las intervenciones realizadas por los diferentes ordenantes finales ya identificados tanto desde un punto de vista cuantitativo como desde el punto de vista de la frecuencia de su intervención, podemos destacar los siguientes períodos (...) a) un segundo período, entre los días 18 y 19 de Diciembre, en el

que "L., S.A.", vendió con precios crecientes entre 430% y 447%; 178.255 acciones, siendo comprador "U.S., S.A.". Mientras "S.D., S.A." mantuvo durante dicho período una posición compradora absorbiendo el papel que iba apareciendo en el mercado; b) un tercer período, entre el 11 de Enero y el 7 de Marzo, en el que "U.S., S.A." procedió a vender las acciones anteriores adquiridas a "L., S.A.", a precios en el entorno del 454%, siendo de nuevo el adquiriente "S.D., S.A." (pág. 1.183 del expte.). Cita los mismos fundamentos jurídicos y suplica sentencia por la que se declare contraria a derecho la mencionada providencia, ordenando a la CNMV, que se abstenga de proseguir el referido procedimiento administrativo sancionador contra "L.,S.A.", hasta tanto no recaiga pronunciamiento firme de la Audiencia Nacional en las Diligencias Previas 54/92, con expresa imposición de costas a la administración.

SEXTO.- El letrado de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contesta a los demandados alegando 1º) Inadmisibilidad del recurso (artículo 37 y 82.1 c) de la Ley jurisdiccional) por dirigirse contra un acto de mero trámite. 2º) Subsidiariamente inadmisibilidad del recurso (Art. 37 y 82.1.c.) de la Ley Jurisdiccional) por falta de agotamiento de la vía administrativa ya que ni "U.S., S.A" ni "L., S.A" se alzaron contra la resolución recurrida en la vía administrativa. 3º) Imposible vulneración, del principio "NON BIS IN IDEM" en cuanto que no se ha impuesto sanción alguna en la vía penal; el Tribunal Constitucional en sentencia 159/1985, dice "por su misma naturaleza, el principio "NON BIS IN IDEM" solo podrá invocarse en el caso de duplicidad de sanciones, frente al intento de sancionar de nuevo, desde la misma perspectiva de defensa social, unos hechos ya sancionados, o como medio para obtener la anulación de la sanción posterior". 4º) Falta de Objeto del Proceso al haberse dictado resolución en el expediente sancionador, pues con fecha 14 de Marzo de 1994 (3 meses después de dictarse la providencia hoy recurrida) el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, dictó Orden Ministerial por cuya virtud se puso término al expediente sancionador incoado, entre entidades a "L., S.A." y a "U.S., S.A.", imponiéndoles las correspondientes sanciones por la comisión de sendas infracciones de naturaleza muy grave. 5º) Absoluta disparidad de los hechos objeto del Expediente Administrativo Sancionador y los Objetos del Proceso Penal pues en la vía penal se está examinado la posible manipulación del precio de las acciones de "A., S.A." para conseguir reducir su valor desde 7.000 o 5.000 pesetas a unas 2.000 y así abaratar el precio de una ulterior OPA de exclusión (es decir, el precio al que debería formularse conforme al Art. 34 de la LMV una oferta pública de Adquisición de Acciones para obtener la exclusión de cotización de las acciones de "A., S.A."), la manipulación que se está examinando en vía administrativa es una manipulación distinta consistente en provocar alteraciones de alza en cortos períodos de tiempo (dentro de ese contexto general bajista, contexto que se examina en vía penal) con objeto de permitir a las empresas vinculadas a "L., S.A." vender las acciones que conservaban de "A.,S.A." sin obtener minusvalías; mediante precios que se provocaron artificialmente. 6º) Inexistencia de identidad de Fundamento pues el Art. 540 del CP sobre maquinaciones para alterar el precio de las cosas tiene como fundamento o bien jurídico protegido 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, mientras que el ámbito de la letra i) del Art. 99 de la LMV, solamente se refiere al desarrollo de prácticas dirigidas a falsear a libre formación de los precios en el mercado de valores, siendo el bien, jurídicamente protegido, precisamente, la libre formación de los precios, sin que la Administración tenga poder para la fijación

de tales precios. 7º) Inexistencia de identidad de sujetos en la actuación Penal y Administrativa pues si bien las Sociedades han sido sancionadas por la Ley del Mercado de Valores, en el procedimiento penal solo podrán ser sancionados, en su caso, los administradores o directivos de los mismos (Art. 15 bis del C.P.) 8º) Sobre la puesta en conocimiento por la CNMV al Juzgado Central de Instrucción de los hechos investigados por aquellos.

Suplica sentencia por la que se confirme la resolución recurrida, con expresa imposición de costas a los demandantes.

SÉPTIMO.- La representación de la coadyuvante "A., S.A.", contesta a la demanda alegando: A) la distinción entre el principio de subordinación de la Autoridad Administrativa a la Autoridad Judicial y el principio NON BIS IN IDEM, que no es aplicable en el presente caso por no ser idénticos los hechos y no ser de aplicación el Art. 133 de la Ley 30/92, pues los hechos relatados en el escrito de querrela tienden a demostrar que han existido maquinaciones por las que se redujo artificialmente el precio de las acciones de "A., S.A." a 2.000 pesetas en la OPA de exclusión; por el contrario los hechos analizados en el expediente sancionador se limitan a un período muy concreto, entre Octubre de 1989 y Agosto de 1990 y se trata de averiguar si las sociedades expedientadas había desarrollado prácticas "dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores", sin que en el período antedicho se produjera ninguna caída de la cotización de "A., S.A." sino una política de autocartera tendente precisamente a mantener artificialmente elevado el valor de la cotización, a través de una operativa en "L., S.A.", "U.S., S.A." por un lado y "S.D., S.A." y la propia "A., S.A." por otro, que posibilitaba "que se pudiesen vender todos los títulos a unos cambios que permitieran a "U.S., S.A." obtener beneficios.

Suplica 1º) que se declare la inadmisibilidad del recurso contencioso administrativo por haberse interpuesto contra un acto que no pone fin a la vía administrativa, reservando el derecho de los demandantes y la sociedad "A., S.A." a reproducir los motivos de impugnación en el recurso contra la Orden de 14 de Marzo de 1994. 2º) Subsidiariamente se desestime el recurso contencioso administrativo, confirmando en todos sus extremos la providencia de 9 de Diciembre de 1993, al no existir en dicho momento identidad entre los hechos objeto del proceso penal y los analizados en el expediente administrativo.

OCTAVO.- En primer lugar desestimar las dos causas de inadmisibilidad alegadas, pues, en primer lugar, una solicitud de suspensión basada en la existencia de un procedimiento penal paralelo no es un acto de mero trámite, sino una actuación que puede suponer la invalidez de todo el procedimiento sancionador de tal modo que el recurso interpuesto es de aquellos que se contemplan en el Art. 107.1 de la Ley 30/92, y que ya venían siendo recurribles en la Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de Julio de 1958, esto es "los actos de trámite que determinen la imposibilidad de continuar un procedimiento (...)" pues si efectivamente se ha abierto un investigación penal por el mismo supuesto y sujetos contra la que se sigue la vía administrativa sancionadora, será necesario suspender el procedimiento administrativo sancionador mientras se sustancia el penal preferente (así el Art. 4 de la Ley Jurisdiccional y el Art. 111.2.b en relación con el 62.1.d) de la Ley 30/92). Así pues la petición de suspensión no puede ser calificada como

de mero trámite, sino que se trata de una petición sustantiva basada constitucionalmente en el seguimiento de un procedimiento penal preferente que puede conculcar el principio de la exclusión de la doble pena.

Por lo que se refiere al motivo segundo de inadmisibilidad, cabe decir que efectivamente los recurrentes no han agotado la vía administrativa previa, pero contra esto debemos señalar que formalmente no se les ha indicado el recurso administrativo procedente y el órgano receptor. (Art. 58 de la Ley 30/92 de RJAP y PAC) y además y sobre todo la urgencia de paralizar el procedimiento administrativo cuando surge la persecución penal que suspende "ipso iure" el procedimiento administrativo sancionador. Debe pues rechazarse este segundo motivo de inadmisibilidad, ya que viene motivado por un proceso penal que se estima interruptivo.

NOVENO.- En cuanto a la identidad entre los dos procesos cabe afirmar que en el momento en que se inició este pleito la diferenciación de la sanción administrativa tipificada en el artículo 99 i) de la Ley 24/88 de 28 de Julio (Ley del Mercado de Valores) estaba muy alejada del contenido de Art. 540 del CP (maquinaciones para alterar el precio de las cosas) y aún hoy, la citada infracción se distingue de las prácticas prohibidas en los artículos 291 y 290 del vigente Código Penal, (Título XIII Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico; capítulo XIII "de los delitos societarios" que dice: *"los que prevaleciendo de su situación mayoritaria en la junta de accionistas o el órgano de administración de cualquier sociedad constituida o en formación, impusieren acuerdos abusivos, con ánimo de lucro propio o ajeno, en perjuicio de los demás socios, y sin que reporten beneficios a la misma serán castigados"* y *"los administradores de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados"*. Por lo menos en cuanto se refiere al sujeto pasivo de la infracción, pues la Ley del Mercado de Valores introduce la novedad que ha sido reconocida constitucional por el propio Tribunal Constitucional de poder sancionar a las Sociedades como sujetos activos de una infracción penal, desvirtua la identidad de sujetos y alejan la duplicidad de sanción.

DÉCIMO.- Por último señalar que la causa por la que se pretendía la suspensión ha quedado sobreescaída por Auto de 11 de Marzo de 1997, que es firme y que dicha causa penal ha sido archivada, existiendo pues constancia de que no se ha producido el NON BIS IN IDEM, al haber fenecido sin pena el procedimiento penal que pretende ser aprovechado como causa de suspensión del procedimiento administrativo; que ha continuado hasta su fin.

UNDÉCIMO.- No ha lugar a imposición de costas por no existir temeridad ni mala fe.

## **FALLAMOS**

Que desestimando las causas de inadmisibilidad alegadas por el Sr. Defensor de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, y de la coadyuvante "A., S.A.", y entrando en el



fondo del recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Sr. R.N., en nombre y representación de las sociedades "L., S.A." y "U.S., S.A.", acumulados, contra la resolución de los Instructores del expediente sancionador tramitado por la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 9 de Diciembre de 1993, y en la que ha sido parte coadyuvante la Sociedad "A., S.A.", representada por el procurador Sr. O.C., debemos declarar y declaramos, ajustada a derecho la citada resolución, todo ello sin costas.

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