

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE ABRIL DE 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 463/2014
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de enero de 2014
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a quince de abril de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 463/2014**, se tramita a instancia de la entidad **INVERPESCA, S.A.**, representada por la Procuradora doña MFD contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de fecha 10 de enero de 2014, mediante la cual se impone a la parte actora una sanción de 100.000 euros por la comisión de la infracción prevista en el art. 99 p) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad y es la Resolución de fecha 10 de enero de 2014.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 12 de abril de 2016 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Este tribunal en sentencias de 21/4/2015 y 14/5/2015 en recurso sustancialmente iguales al presente, ratificados por el Tribunal Supremo, de 5 y 9 de febrero de 2016, ha enjuiciado la resolución del Ministerio de Economía y

Competitividad de 10-1-2014, que impuso a la hoy parte actora una multa de 100.000 € por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.p), en relación con el artículo 53, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento, como consejero, de sus deberes de comunicación y difusión de participaciones significativas en Pescanova, S.A., terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Al igual que en el recurso 461/2014, en que recayó sentencia de 21/4/2014, el escrito de demanda rector del proceso articula –en síntesis- los siguientes motivos de impugnación: primero, se debió suspender la tramitación del procedimiento sancionador hasta la resolución de las diligencias previas 31/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, y al no haberse hecho así se ha producido una nulidad de actuaciones y de la sanción recurrida; segundo, la verdadera resolución es incongruente por no resolver todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, y la falsa resolución sería ilegal por vulnerar el principio de que la última palabra corresponde al inculpado; tercero, se invoca el derecho fundamental a la imparcialidad y neutralidad, incluso en la mera apariencia de las cosas, de los funcionarios que intervienen en el procedimiento sancionador; cuarto, ausencia de antijuridicidad e inexistencia de infracción alguna por ausencia de quebrantamiento del bien jurídico protegido por la norma; quinto, ausencia de culpabilidad por actuar de acuerdo con la confianza legítima suscitada por la actitud de la CNMV; sexto, ausencia de tipicidad por no concurrir el elemento subjetivo de negligencia grave ni de interés de ocultación; y séptimo, se denuncia la ilegalidad de la cuantía de la sanción impuesta, considerando en última instancia que se debería imponer una multa mínima y simbólica, *“como mínima y simbólica es la acusación puramente formal de hechos que no han tenido incidencia sustancial alguna”*. La demanda termina con la súplica de que se anule y deje sin efecto la resolución recurrida.

El Abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión de la actora en los términos que son de ver en autos.

TERCERO.- Damos aquí por reproducido todo el substrato fáctico de la litis al ser perfectamente conocido por las partes contendientes, y trataremos de ser claros y precisos en nuestra resolución, ciñéndonos a las alegaciones de las partes en gracia al principio de congruencia procesal.

En primer lugar, se aduce en la demanda como causa de nulidad la infracción del artículo 96 de la Ley 24/1988 al no haberse suspendido el procedimiento sancionador administrativo, cuyo motivo ha de desestimarse pues los hechos enjuiciados en las diligencias previas 31/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 son diferentes a los que dieron lugar al procedimiento de que dimana la sanción recurrida, sin que ni siquiera los subsumidos en el artículo 294 del Código Penal guarden relación con los que subyacen en la sanción impuesta pues la demora en el cumplimiento del deber de notificación a que estaba sometida la actora y que ha dado lugar a esta última nada tiene que ver con la obstaculización de la actividad de los órganos inspectores que se tipifica en el referido artículo del Código Penal, sin que, en fin, la sentencia del Tribunal Supremo

a que se apela en la demanda tenga con los hechos aquí enjuiciados la analogía necesaria para su invocación como precedente judicial, por lo que este motivo de impugnación claudica.

En segundo lugar, es de notar que la petición de suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal ex artículo 96 de la Ley 24/1988 se hizo en el trámite subsiguiente a la propuesta de resolución, sin que mereciera contestación alguna en la resolución sancionadora recurrida, si bien en la notificación de esta última se incluyó un apartado dedicado específicamente a dicha cuestión, lo que permite a la actora hablar de la verdadera y de la falsa resolución. Lo cierto es que solo existe una resolución, que fue la dictada por el Ministerio de Economía y Competitividad, siendo así que respecto de esta última el segundo motivo de impugnación articulado en la demanda imputa un vicio de incongruencia por no haberse pronunciado sobre aquella petición de suspensión, lo que habría infringido el artículo 89.1 de la Ley 30/1992, cuya infracción a su vez sería causa de anulación de la sanción impuesta. Este planteamiento de la actora no puede conducir a la estimación de este segundo motivo del recurso. La infracción del artículo 89.1 de la Ley 30/1992 no supone en todo caso y necesariamente un supuesto de nulidad de pleno derecho ex artículo 62 de la misma ley, a lo que se añade que en el caso enjuiciado la notificación comunicó las razones para no acceder a la suspensión solicitada, por lo que tampoco cabe hablar de indefensión ex artículo 63.2 de la repetida ley 30/1992, de donde que, en definitiva, aquella infracción jurídica constituya tan solo una irregularidad no invalidante.

En tercer lugar, y con invocación del derecho fundamental a la imparcialidad y neutralidad, se denuncia que se ha infringido el derecho del inculpado en el procedimiento sancionador a que no intervengan como instructores quienes incurrir en causa de abstención y recusación, cuya infracción según opinión de la actora debería conllevar la anulación de la sanción. Tampoco este motivo de impugnación puede prosperar. En el caso no se ha acreditado la presencia de una causa precisa de abstención o recusación, sin que resulte plausible la tesis de la parte recurrente que trata de demostrar la falta de objetividad de los instructores sobre la base de la no concesión de una prórroga del plazo de alegaciones tanto en relación con el pliego de cargos como respecto de la propuesta de resolución, lo que, unido al clima de animosidad que según la opinión de dicha parte existía contra el recurrente en la CNMV y sus autoridades y funcionarios, probaría la falta de imparcialidad y neutralidad de los funcionarios que han intervenido en el procedimiento sancionador, cuyo discurso recursivo no puede merecer favorable acogida al fundarse en hechos que o bien no están acreditados o bien no constituyen causa alguna de abstención o recusación.

El escrito de demanda articula los motivos de impugnación cuarto y sexto sobre la ausencia en el caso de los requisitos de antijuridicidad y de tipicidad, y para ello la parte actora juega con la distinción entre antijuridicidad formal y material, negando, por otra parte, que concurran en la conducta enjuiciada determinados elementos del tipo aplicado.

Según el artículo 99. p) de la Ley 24/1988 constituye infracción muy grave <<La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis y 83 bis. 4 de

esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido>>, mientras que el artículo 53 de la misma ley dispone lo siguiente (en lo que ahora más interesa): <<El accionista que, directa o indirectamente, adquiera o transmita acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen, en los términos que se establezcan reglamentariamente, cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en cualquier otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, y que atribuyan derechos de voto, y como resultado de dichas operaciones, la proporción de derechos de voto que quede en su poder alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes que se establezcan, deberá notificar al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en las condiciones que se señalen, la proporción de derechos de voto resultante.

La obligación contenida en el párrafo anterior se aplicará también cuando la proporción de derechos de voto supere, alcance o se reduzca por debajo de los porcentajes a los que se refiere el párrafo anterior a consecuencia de un cambio en el número total de derechos de voto de un emisor sobre la base de la información comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y hecha pública.

2. Las obligaciones establecidas en el apartado anterior serán también aplicables a cualquier persona que, con independencia de la titularidad de las acciones, tenga derecho a adquirir, transmitir o ejercer los derechos de voto atribuidos por las mismas, en los casos que se determinen reglamentariamente.

3. Igualmente se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran derecho a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto, en los términos que se determinen reglamentariamente.

4. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores también serán de aplicación cuando se produzca la admisión a negociación por primera vez en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea de las acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen.

5. Cuando quien se encuentre en los casos previstos en los apartados anteriores sea administrador del emisor, además de cumplir con la obligación de comunicar cualesquiera operaciones realizadas sobre acciones del emisor o sobre valores u otros instrumentos financieros referenciados a dichas acciones, deberá comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la participación que tuvieron en el momento de su nombramiento y cese.

Los directivos del emisor estarán obligados a notificar aquellas operaciones a las que se refiere el artículo 83.bis.4 () de esta Ley>>.

A la demandante se le imputa cierto retraso en comunicar la información relativa a determinadas operaciones en los años 2013, 2012 y 2010. Así, el 22-4-2013 se recibe una comunicación de la actora que informa sobre tres operaciones de venta de 24.400 acciones de Pescanova realizadas entre el 3 y el 7 de enero de 2013, cuyas ventas son

notificadas con un retraso de entre 70 y 68 días hábiles bursátiles. El 24-4-2012 la actora remitió una declaración de derechos de voto que incluye cuatro operaciones por 37.458 acciones, tres adquisiciones por un total de 28.584 acciones y una venta por 8.874 acciones, cuyas operaciones –según la notificación- se realizaron entre el 25-11-2010 y el 29-11-2011, por lo que fueron comunicadas con una demora que oscila entre más de un año las más antiguas y casi cinco meses la más reciente. Por último, el 17-2-2010 se recibe una comunicación de derechos de voto de la actora que anula otra presentada el 11-12-2009, en la que informa de la suscripción de 16.594 acciones en la ampliación de capital de Pescanova inscrita en el Registro Mercantil el 30-10-2009, presentándose la comunicación con una demora de 30 días hábiles bursátiles si se toma como referencia la fecha de la notificación posteriormente anulada.

Es de notar que el plazo reglamentario para hacer la oportuna notificación de que se trata es de cinco días hábiles siguientes a aquél en el que tiene lugar la transacción (artículo 9 del Real Decreto 1333/2005).

Visto lo anterior, nos ocupamos conjuntamente de estos dos motivos de impugnación dada la íntima relación que existe entre los mismos. A la actora se imputa una negligencia grave en el cumplimiento del deber de información de referencia ex artículo 99. p) de la Ley 24/1988, cuyo tipo es perfectamente aplicable a la actuación de la recurrente habida cuenta el volumen y diversidad de las operaciones respecto de las que se retrasó el cumplimiento del deber de notificación y la entidad de la demora en que se incurrió al proporcionar la información debida, lo que afectó naturalmente a la transparencia del mercado, y sin que conste causa alguna de justificación capaz de legitimar la actuación objeto de la sanción combatida, por lo que ambos motivos de impugnación desfallean.

El motivo de impugnación quinto esgrime una falta de culpabilidad al actuar la actora de acuerdo con la confianza legítima suscitada por la actitud de la CNMV con sus requerimientos previos, cuyos requerimientos traducirían una actitud condescendiente frente a los retrasos en que había incurrido la actora, a la que después se le reprocha nada menos que una infracción muy grave. Este motivo tampoco resulta plausible. En efecto, los previos requerimientos y advertencias difícilmente se pueden utilizar por la recurrente para ampararse en el principio de confianza legítima cuando precisamente le estaban alertando de una posible situación antijurídica en que estaba incurriendo, lo que debió excitar su celo en el cumplimiento del deber de información de referencia pues aquellos requerimientos y advertencias confirmaban la ilegalidad y no la legalidad de la conducta de la interesada, que estaba sometida al deber de notificación en cuestión en un plazo determinado en garantía de la transparencia del mercado. En definitiva, este motivo recursivo carece de términos hábiles para su acogimiento, concurriendo la imputabilidad y la culpabilidad de la demandante, que derivan de su sujeción al indicado deber de información y de su capacidad de infracción de la norma que lo impone con lesión del correspondiente bien jurídico, sin que, en fin, conste causa alguna de inculpabilidad.

En séptimo y último lugar, se combate la cuantía de la sanción impuesta con alusión a determinadas circunstancias, incidiéndose en particular en la no concurrencia de la

circunstancia de reiteración, lo que se probaría con la cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Es de notar al respecto que el límite superior de la sanción que se consideró adecuada está representado por 600.000 € [artículo 102.1.a) de la Ley 24/1988], habiéndose impuesto a la actora una multa por importe de 100.000 €. La resolución recurrida ofrece una serie de razones para graduar la sanción impuesta, sin que aparezca motivo alguno para variar dicha sanción, siendo de advertir que no es de recibo en este caso la doctrina que se expone en las sentencias del Tribunal Supremo a que apela la recurrente habida cuenta que las mismas versan sobre la agravante de reincidencia y no sobre la de reiteración, por lo que es de concluir que la sanción impuesta se acomoda a los parámetros de proporcionalidad que han de ser considerados.

En definitiva, y por mor de cuanto antecede, se impone la desestimación del actual recurso al carecer la demanda de términos hábiles para su acogimiento.

CUARTO.-Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora por imperativo del artículo 139.1 de la LJ.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por la entidad **INVERPESCA, S.A.**

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

La presente sentencia es firme.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.