

## **AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15 DE OCTUBRE DE 2018**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª**

**Recurso nº.:** 1857/2018  
**Ponente:** D. José María del Riego Valledor  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 11 de enero de 2018.  
**Fallo:** Admisión.

En Madrid, a 15 de octubre de 2018.

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** La Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 11 de enero de 2018, en el procedimiento ordinario registrado con el número 1/2016, sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal:

*«1.- ESTIMAR parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. JBS contra la resolución de 23-12-2015, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 7-7-2015 por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia,*

*2.- anular la resolución/es impugnada/s en el exclusivo particular de que la sanción a imponer por la constatada infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A, teniendo en cuenta la entidad de la infracción, la ausencia de sanciones previas en este ámbito, y el haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, es la de 300.000 € (TRESCIENTOS MIL EUROS)».*

Los hechos considerados probados en la resolución sancionadora fueron los siguientes:

*1.- D. JB ha sido, desde la aceptación de la herencia de su padre, fallecido en 1993, el propietario final o beneficiario efectivo y, por tanto, titular real de un paquete accionarial de Bankinter, representativo de un 7,85%, cuya titularidad formal ha correspondido, sucesivamente, a varias estructuras fiduciarias utilizadas como persona interpuesta, que no fue declarado al registro de participaciones significativas de la CNMV hasta el 30 de julio de 2010.*

*2.- D. JB habría sido, de forma ininterrumpida, propietario o primer beneficiario de un 7,85% adicional de Bankinter, y por tanto, de forma continuada habría incumplido con las obligaciones de comunicación de participaciones significativas previstas en el artículo 53 de la LMV.*

La Sala de instancia rechazó el primer alegato de la parte, que denunciaba una infracción del principio *ne bis in ídem* en su vertiente procesal o procedimental, que prohíbe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento, al considerar en síntesis, con cita de diversa jurisprudencia de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, que la declaración de

caducidad del procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del *ius puniendi* en un nuevo procedimiento.

En segundo lugar, en cuanto a la alegada prescripción de la infracción, la Sala *a quo*, tras precisar que la cuestión litigiosa queda limitada a resolver si la infracción cometida es de carácter continuado o instantánea, y su consecuencia en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción, pues no está en cuestión en plazo prescriptivo de cinco años que prevé el artículo 101 bis de la Ley de Mercado de Valores, concluye indicando, en línea con la resolución administrativa impugnada, que el deber de informar o comunicar una participación significativa, cuya inobservancia determina la infracción, es un deber prolongado en el tiempo y no una obligación que se agote en sí misma una vez transcurridos los plazos legalmente previstos para la comunicación que prevé el Real Decreto 1362/2007, por lo que dicha omisión da lugar a una infracción permanente, mientras se mantiene tal inacción, lo que supone que el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación lesiva para los bienes jurídicos protegidos. En consecuencia, rechaza la Sala la prescripción de la infracción, al haber mantenido el recurrente su acción omisiva y antijurídica de forma continuada y permanente durante diecisiete años.

Por último, la Sala de instancia confirma la concurrencia de los elementos del tipo apreciada por la Administración, rechaza la alegada desviación de poder y arbitrariedad en la actuación de ésta, y estima el motivo referido a la infracción del principio de proporcionalidad, por lo que reduce la sanción impuesta a la cantidad de 300.000 euros.

**SEGUNDO.-** La procuradora D.<sup>a</sup> RSM, en nombre y representación de D. JBS, ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia.

Invoca en su escrito de preparación, en primer lugar, la infracción de los principios de cosa juzgada material y *non bis in ídem*, por entender que la Comisión Nacional del Mercado de Valores no tenía potestad para incoar un segundo procedimiento sancionador por la misma infracción y contra la misma persona, una vez anulada la sanción por una sentencia de la misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional, de fecha 15 de diciembre de 2014, por caducidad del procedimiento. Argumenta al respecto, en síntesis, que cuando en un procedimiento sancionador se ha dictado una resolución expresa y se le ha notificado al interesado, con posterioridad al vencimiento del plazo máximo establecido, y la resolución, como ocurre en el caso, ha sido anulada por un Tribunal, no puede volver a incoarse un nuevo expediente sancionador por los mismos hechos, a la misma persona, y con base en los mismos fundamentos.

En segundo lugar, alega el recurrente la infracción del principio de tipicidad y la prescripción de las infracciones, entendiéndolos infringidos los artículos 53, 99 p) y 101 bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, 23 y 35 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, 129 y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4 y 6 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, todos ellos relativos a la delimitación de la obligación incumplida, su tipificación como infracción administrativa, así como el régimen de prescripción. Razona en su escrito de preparación que la infracción imputada no es una infracción permanente ni continuada, sino una de las llamadas infracciones de estado,

caracterizadas porque el tipo normativo solo describe la producción de un estado antijurídico pero no su mantenimiento, de manera que se consuman por el vencimiento del plazo señalado para efectuar la comunicación de la participación significativa sin cumplir dicho deber, y en ese momento comienza el plazo de prescripción, cuando se produce o crea el estado antijurídico. Por lo que, en definitiva, considera el recurrente que la sentencia de instancia debió apreciar la prescripción de la infracción.

Invoca la parte recurrente, para la apreciación del interés casacional objetivo, en primer lugar, la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al entender que lo enjuiciado en realidad es una actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a quien corresponde la incoación, instrucción y propuesta de resolución de los expedientes sancionadores por infracciones muy graves de la Ley del Mercado de Valores.

Alega, asimismo el apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA, por entender que la sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones.

Y, por último, aduce la circunstancia prevista en el artículo 88.3.a) de la LJCA, por entender que sobre las cuestiones planteadas no existe jurisprudencia.

**TERCERO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 6 de marzo de 2018, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala el recurrente y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido, para la personación ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

## **RAZONAMIENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación, en lo que aquí interesa, estima en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 23-12-2015, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 7-7-2015, por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, limitando la estimación a la fijación de la sanción en la suma de 300.000 euros.

Como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, son dos las cuestiones que se debaten en la instancia y se plantean en el recurso de casación: a) en primer lugar, la cuestión relativa a la posible incoación de un nuevo procedimiento sancionador, en el caso de anulación del acto sancionador por apreciarse la caducidad del procedimiento,

no mediando la prescripción de la infracción; y b) en segundo lugar, la consideración de la infracción prevista en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, en su aplicación al caso, como una infracción instantánea o permanente, con su correspondiente incidencia en la determinación del *dies a quo* del plazo de prescripción de la infracción.

**SEGUNDO.-** Planteada en estos términos la controversia y habiendo sido invocada la presunción de interés casacional objetivo prevista en el artículo 88.3.a) de la LJCA, conviene recordar que esta Sección ha puesto ya de manifiesto, en los autos de 30 de octubre de 2017 (recurso 3666/2017), y de 14 de noviembre de 2017 (recurso 459/2017), que la “inexistencia de jurisprudencia” a que se refiere este artículo no ha de entenderse en términos absolutos, sino relativos, estando llamado el Tribunal Supremo a intervenir, no sólo cuando no haya en absoluto pronunciamiento interpretativo de la norma en cuestión, sino también cuando, habiéndolo, sea necesario matizarlo, precisarlo o concretarlo para realidades jurídicas diferentes a las ya contempladas en la jurisprudencia.

Y en el caso que aquí nos ocupa, cierto es que, si bien existe suficiente jurisprudencia sobre la primera de las cuestiones suscitadas, que se menciona en la sentencia impugnada, que cita la sentencia de 13 de diciembre de 2016 (recurso 2941/2015), que a su vez se remite a la sentencia del pleno de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006 (recurso 84/2004), en relación con la segunda cuestión, como señala la parte recurrente, no existe tal jurisprudencia en relación con la interpretación que haya de darse al tipo infractor contenido en el artículo 99 p) de la Ley del Mercado de Valores, respecto del que esta Sección de admisión considera conveniente un pronunciamiento para precisar si se trata de una infracción instantánea o de estado, como sostiene la parte recurrente en su escrito de preparación del recurso, o una infracción permanente, como estima la sentencia recurrida, concepto cuyos perfiles delimita la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de 24 de octubre de 2013 (recurso 533/2011), 4 de noviembre de 2013 (recurso 251/2011), 23 de octubre de 2015 (recurso 384/2013), 16 de abril de 2018 (recurso 448/2016), 3 de mayo de 2018 (recursos 1091/2016 y 2696/2016) y 24 de septiembre de 2018 (recurso 2687/2016), con las distintas consecuencias que se derivan, en uno y otro caso, en relación con el inicio del plazo de prescripción, por lo que procede la admisión a trámite del recurso de casación en los términos expuestos.

**TERCERO.-** En la línea de lo expuesto en el razonamiento jurídico anterior, y en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en precisar si el tipo infractor descrito en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, constituye una infracción instantánea o de estado o una infracción permanente, con las distintas consecuencias que se derivan, en uno y otro caso, en relación con el inicio del plazo de prescripción.

**CUARTO.-** Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional

de fecha 11 de enero de 2018, dictada en el procedimiento ordinario registrado con el número 1/2016.

Y, a tal efecto, precisamos que la cuestión en la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la mencionada en el razonamiento anterior, y señalamos que las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los artículos 53, 99 p) y 101 bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; los artículos 23 y 35 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea; artículos 129 y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; y artículos 4 y 6 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

**QUINTO.-** Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

**SEXTO.-** Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

En su virtud,

**La Sección de Admisión acuerda:**

1.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la procuradora D<sup>a</sup> RSM, en nombre y representación de D. JBS, contra la sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de enero de 2018, dictada en el procedimiento ordinario registrado con el número 1/2016.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar si el tipo infractor descrito en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, constituye una infracción instantánea o de estado o una infracción permanente, con las distintas consecuencias que se derivan, en uno y otro caso, en relación con el inicio del plazo de prescripción.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación: los artículos 53, 99 p) y 101 bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores; los artículos 23 y 35 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos

a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea; artículos 129 y 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común; y artículos 4 y 6 Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora.

4.º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.