

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2008

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 166/05

Ponente: Dña. Lucía Acín Aguado

Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de febrero de 2005

Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diez de junio de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 166/05 promovido por Don C.C.C. representado por la Procuradora de los Tribunales Doña R.S.M. contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de febrero de 2005 por la que acuerda imponer a Don C.C.C., por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Mercado de Valores una multa de 12.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 12.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El 31 de marzo de 2005 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora, formalizó la demanda en escrito de 8 de julio de 2005 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando "dicte sentencia por la que declare no ser conforme a Derecho y anule la resolución recurrida"

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

No solicitado el recibimiento a prueba, presentadas conclusiones, por providencia de 11 de enero de 2007 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo lo que se efectuó el 3 de junio de 2008.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y hacienda de 14 de febrero de 2005 por la que acuerda Imponer a Don C.C.C. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con lo establecido en el artículo 53, ambos de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la comunicación con una demora superior al plazo establecido, de operaciones de adquisición y venta de participaciones significativas en el capital de INDO INTERNACIONAL; S.A con fecha de operación 21 de junio, 4 de julio y 22 de diciembre de 2000 y 18 de septiembre de 2001, MULTA por importe de 12.000 euros (DOCE MIL EUROS).

SEGUNDO.- La parte actora al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1) Improcedencia de la aplicación del artículo 99 p) de la LMV, dado el carácter público de la participación del recurrente en el capital social de INDO y porque el incumplimiento de las formalidades de comunicación impuestas por el R.D. 377/1991 no ha lesionado el bien jurídico protegido por el mismo (la transparencia del mercado).

2) Vulneración del principio de culpabilidad al considerar que no es correcto afirmar que ha omitido sus comunicaciones en el plazo de 13 años ya que la posible infracción derivada de la demora de las comunicaciones de las operaciones realizadas en los cinco años anteriores a la incoación del expediente sancionador ha prescrito, determinando su falta de efectos jurídicos, no se ha tenido en cuenta el correcto cumplimiento de sus obligaciones de comunicación respecto a su participación en otras sociedades en las que ostenta el cargo de Consejero y su participación directa en INDO INTERNACIONAL y considera que no se ha valorado adecuadamente el mínimo retraso en las comunicaciones de las operaciones realizadas tras el requerimiento de la CNMV de fecha 14 de julio de 2003 y

3) indebida aplicación del principio de proporcionalidad ya que considera que no se ha aplicado la totalidad de los criterios atenuantes señalados en el artículo 14 de la Ley 26/1998 cuya procedencia fue acreditada en el expediente administrativo como fueron la escasa naturaleza y entidad de la infracción, la ausencia de peligro e inexistencia de perjuicios causados, la subsanación de la deficiencia con carácter previo a la incoación del procedimiento y la falta de consecuencias desfavorables para el sistema financiero o la economía nacional. Asimismo considera que no se debían haber tenido en cuenta determinadas circunstancias para agravar la lesión como fueron: la relevancia del periodo durante el cual se ha omitido el deber de comunicación, el hecho de que se comunicaran las participaciones en el capital de INDO tras el requerimiento de la CNMV y el hecho de que con posterioridad al requerimiento de la CNMV las comunicaciones de participaciones significativas hayan sido realizadas con retraso.

El Abogado del Estado contesta que no comunicó a la CNVM la adquisición de participaciones significativas, que el recurrente incumplió la especial diligencia exigible a los administradores de las compañías mercantiles y la resolución impugnada ha ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes, imponiendo una sanción que de ninguna manera puede considerarse irrazonable o desproporcionada.

TERCERO.- La resolución sancionadora considera que el recurrente ha cometido una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con lo establecido en el artículo 53, ambos de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) por la comunicación con una demora superior al plazo establecido, de operaciones de adquisición y venta de participaciones significativas en el capital de INDO INTERNACIONAL; S.A.

El artículo 99 letra p) de la LMV tipifica como infracción muy grave "la inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 de esta Ley o la información con una demora, respecto del plazo establecido, igual o superior a este último".

El artículo 53 LMV impone a los administradores de las sociedades que cotizan en Bolsa la obligación de informar sobre sus adquisiciones y transmisiones de acciones de la sociedad en los siguientes casos y términos:

Quien, por sí o por persona interpuesta, adquiera o transmita acciones de una sociedad admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores y, como resultado de dichas operaciones, el porcentaje de capital suscrito que quede en su poder alcance o exceda los porcentajes del total capital suscrito que se establezcan, deberá informar, en las condiciones que se señalen, a la sociedad afectada, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del porcentaje del capital suscrito que quede en su poder tras aquellas operaciones...

Cuando quien se encuentre en el caso previsto en el párrafo anterior, sea administrador de la correspondiente sociedad, las obligaciones allí mencionadas se aplicarán a todas las operaciones, con independencia de su cuantía....

El artículo 5 del RD 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, reitera la especial obligación de los administradores de informar de sus adquisiciones y transmisiones de acciones de la sociedad:

Los Administradores y miembros de Consejos de Administración de Sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en una Bolsa de Valores comunicarán a las Entidades mencionadas en el artículo 1º todas las adquisiciones o transmisiones de acciones de dichas Sociedades que realicen por sí, a través de Sociedades que controlen o a través de otras personas interpuestas, con independencia de su cuantía

Estas comunicaciones deberán efectuarse en el plazo de los 7 días hábiles siguientes a la fecha del contrato, de acuerdo con el artículo 9 RD 377/1991 .

CUARTO.- En este caso se considera probado que Don C.C.C. era miembro del Consejo de Administración desde el 30 de noviembre de 1989 de INDO INTERNACIONAL, S. A que es una sociedad cotizada en la Bolsa de Barcelona desde el 1 de enero de 1989 y en la Bolsa de Madrid desde el 31 de octubre del mismo año. Como miembro del Consejo de Administración de dicha sociedad cotizada cualquier adquisición o transmisión de acciones directa o a través de sociedades que controlen debía comunicarla a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en el plazo de 7 días siguientes a la fecha del contrato (con independencia de su cuantía) y en este caso consta acreditado que no comunicó en ese plazo operaciones de adquisición directa o indirecta en el capital de INDO INTERNACIONAL, S.A y en concreto:

1. Operación de 21 de junio de 2000 de adquisición de 130.000 acciones de INDO por la sociedad de inversión de capital variable "A.B". controlada desde el año 1998 por Don C.C.C., ostentando desde dicho año una participación mínima, de forma directa o indirecta superior al 54,83 % del capital social).

2. Operación 4 de julio de 2000 de adquisición de 23.500 acciones de INDO por "A.B., S.A, SICAV".

3. Dos operaciones de 22 de diciembre de 2000 una de venta de 2.808 acciones de INDO a Don C.C.C. y otra de compra del mismo numero de acciones por "B.G., S.L." de la que es Presidente del Consejo de Administración el Sr. C.C.C. siendo titular del 100% del capital social "H.H., S.L." (de esta última sociedad Don C.C.C. es titular del 74,83 % del capital social).

4. Operación de 18 de septiembre de 2001 de adquisición de 88.804 acciones de INDO por "A.B., S.A., SICAV".

La forma y plazos de la comunicación de las participaciones significativas está reglada y debe realizarse en la forma establecida (a la CNMV en el plazo de 7 días) no dejando elección a los sujetos obligados la forma de realizarlo, siendo una norma clara al respecto que no admite por tanto interpretaciones y no puede ser sustituida por otro tipo de comunicaciones como las que hace referencia en el escrito de demanda (informes trimestrales e informes anuales de gestión de la SICAV y noticias de prensa). Por otra parte el retraso en la comunicación de la información ha causado un perjuicio a la transparencia del mercado ya que durante el tiempo que ha durado éste, la CNMV no ha podido darle publicidad oficial a dicha información en la forma legalmente establecida y por tanto esperada por el mercado ya que en el registro público a cargo de la CNMV hasta el 12 de septiembre de 2003 constaba que la participación inalterada del Sr. C.C.C. en INDO internacional venía constituida por 3.968 acciones, representativas de un 0,20% del capital social, cuando en realidad, desde el 23 de marzo de 1995 hasta el 18 de septiembre de 2001 había venido adquiriendo y transmitiendo acciones de dicha sociedad directa o indirectamente a través de "A.B., S.A., SICAV" y de "B.G., S.L." ascendiendo su titularidad final al 3,70 % del capital social de la sociedad.

La culpabilidad del recurrente resulta igualmente acreditada y suficientemente motivada por la Administración: se analiza la inexistencia de dolo, y se concluye, conclusión compartida por esta Sala, la existencia de imprudencia. En contra de lo alegado en el escrito de demanda, es relevante para apreciar la existencia o inexistencia de falta de diligencia el hecho de que a lo largo de trece años nunca realizara la obligada comunicación a la CNMV, con independencia de que opere la prescripción de las infracciones, y de hecho solo ha sido jurídicamente relevante el retraso relativo a los años 2000 y 2001, excluyéndose expresamente la operación de 9 de diciembre de 1998. La circunstancia de que haya cumplido con sus obligaciones al respecto en otras sociedades de las que igualmente es Consejero no puede constituirse en una circunstancia atenuante, como pretende la demanda, pues una vez más debe recordarse que la ley protege al inversor, en este caso, al inversor en INDO y la transparencia del mercado en relación con las acciones de esta concreta empresa. Por último es ajeno a este procedimiento las operaciones sobre acciones de INDO INTERNACIONAL S.A. llevadas a cabo por el Sr. C.C.C. tras el 14 de junio de 2003 por cuanto lo que aquí se enjuicia son operaciones realizadas en el año 2000 y 2001 y las referencias que existen en la resolución sancionadora respecto a esas posteriores operaciones se realizan para contestar a las alegaciones del recurrente en las que hacia referencia a las mismas para acreditar su buena fe y actitud transparente.

En cuanto a principio de proporcionalidad se ha impuesto por la infracción cometida una multa de 12.000 euros, al apreciar la propia Administración la concurrencia de circunstancias atenuantes (la falta de ganancia como consecuencia de la infracción y el hecho de no haber sido con anterioridad sancionado por vulneración de normas de disciplina del mercado de

valores) y agravantes (la relevancia del periodo durante el cual el expedientado ha omitido su deber de comunicación, las operaciones llevadas a cabo en dicho periodo y no comunicadas, y el porcentaje adquirido teniendo especialmente en consideración la diferencia entre el porcentaje comunicado por el expedientado y el efectivamente ostentado por éste en el momento de ser requerido por la CNMV para su comunicación, el hecho de que informase a la CNMV sobre sus participaciones significativas únicamente tras ser requerido por ésta para aclarar la situación y que con posterioridad al requerimiento de la CNMV de 14 de julio de 2003 las comunicaciones de participaciones significativas del expedientado en la sociedad cotizada hayan continuado realizándose con retraso lo que denota una actitud del expedientado en el mantenimiento de la infracción y la no subsanación de la misma). Se considera que se ha respetado el principio de proporcionalidad ya que la resolución impugnada razona suficientemente tanto la ponderación de las circunstancias concurrentes, como los parámetros tenidos en cuenta para la individualización de las sanciones, habiéndose impuesto una multa de poca relevancia económica teniendo en cuenta el límite máximo impuesto por la norma, lo que evidencia que las circunstancias atenuantes han tenido mayor relieve que el de las agravantes. Por último indicar que no se sanciona al recurrente por las operaciones sobre acciones de INDO INTERNACIONAL S.A. llevadas a cabo por el Sr. C.C.C. tras el 14 de junio de 2003 por cuanto lo que aquí se enjuicia son operaciones realizadas en el año 2000 y 2001. Las referencias que existen en la resolución sancionadora respecto a esas posteriores operaciones se realizan por una parte para contestar a las alegaciones del recurrente en las que hacía referencia a las mismas para acreditar su buena fe y actitud transparente, y por otra para graduar la sanción en orden a valorar si antes del inicio del expediente sancionador (14 de abril de 2004) el interesado ha rectificado su comportamiento, para lo que es evidente que tiene relevancia el comportamiento tras el requerimiento de la CNMV de 14 de junio de 2003 de que informara por que no había comunicado la adquisición indirecta a través de "A.B." de una participación INDO.

QUINTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa .

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don C.C.C. contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 14 de febrero de 2005 que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

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.