

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE FEBRERO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso n.º: 701/2017
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del 18 de septiembre de 2017 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que confirma en reposición la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 17 de febrero de 2017.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiseis de febrero de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **D. FGM** representado por el Procurador **D. RPP** contra el **MINISTERIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD**, representado por el abogado del Estado, sobre **SANCIÓN** siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ECONOMÍA, COMPETITIVIDAD y es la resolución de fecha 17-2-2017 y del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, de fecha 18-9-2017 (desestimatoria esta última de un recurso de reposición contra la anterior).

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte 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 de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual las partes por su orden concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 19-2-2019, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugnan las resoluciones de 17-2-2017 del Ministerio de Economía y Competitividad y de 18-9-2017 del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (desestimatoria esta última de un recurso de reposición contra la anterior), que sancionaron a la hoy parte actora en virtud de la Ley 24/1988 (LMV), terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Las resoluciones recurridas sancionaron al ahora demandante con una multa de 4.400.000 € como autor de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.o) de la Ley 24/1988 en relación con el artículo 81.2.a) de la misma ley, por el uso de

información privilegiada en relación con operaciones sobre acciones de Parquesol Inmobiliaria y Proyectos, SA.

Una pieza de juicio clave en el actual recurso viene dada por los pronunciamientos recaídos en la jurisdicción penal y constituidos por la sentencia de 23-12-2014 de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional y la posterior sentencia en vía de casación de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 23-7-2015. Estos pronunciamientos se dictaron ex artículo 96 de la LMV con carácter prejudicial respecto del procedimiento sancionador que nos ocupa, debiendo respetarse en este último los hechos declarados probados en el orden penal de la jurisdicción.

Corolario de lo anterior es que en el procedimiento administrativo sancionador que está en el origen de la presente litis había de partirse del factum declarado en las precitadas sentencias penales, cuyo factum se da aquí por reproducido en aras a la brevedad, si bien es de indicar en síntesis que con arreglo al mismo el hoy demandante utilizó indebidamente en 2006 información privilegiada que le había comunicado un tercero comprando a través de sociedades de su titularidad acciones de Parquesol a que se refería la meritada información privilegiada, y para dicha compra utilizó recursos por importe de 12,9 millones de euros, lo que supone la especial relevancia del volumen de recursos de los valores o de los instrumentos financieros utilizados en la comisión de la infracción, que es uno de los elementos que califican el tipo de infracción muy grave que le fue imputado. Es importante también señalar que el hoy demandante fue condenado en la jurisdicción penal por un delito de blanqueo de capitales pero fue absuelto del delito de abuso de información privilegiada del artículo 285 del Código Penal, si bien en el propio orden penal de la jurisdicción se acordó el comiso de las ganancias obtenidas por dicha parte en su condición de partícipe a título lucrativo por este último delito. Otro de los entonces acusados sí fue condenado por el delito del artículo 285 del Código Penal, por lo que respecto del mismo se acordó el sobreseimiento en el procedimiento administrativo sancionador de que trae causa la presente litis.

Con estas premisas podemos ya abordar el estudio de los motivos de impugnación de la demanda.

TERCERO.- La demanda rectora del proceso articula -en síntesis- los siguientes motivos de impugnación: primero, la caducidad del procedimiento sancionador; segundo, la prescripción de la infracción; tercero, la vulneración del principio non bis in ídem; cuarto, la falta de legitimación pasiva del recurrente y la vulneración del principio de responsabilidad que rige el procedimiento sancionador; quinto, la ausencia de prueba practicada por la CNMV, lo que imposibilitaría la imposición de sanción; sexto, la vulneración del principio de igualdad ex artículo 14 de la Constitución. En atención a todo lo anterior el escrito de demanda termina impetrando la anulación de los actos administrativos impugnados.

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

CUARTO.- Ya en este punto podemos preannunciar la suerte desestimatoria del actual recurso.

Damos por reproducido todo el pormenor fáctico que subyace en la litis al ser conocido por las partes.

Trataremos de ser claros y precisos en nuestra resolución, amén de congruentes, siguiendo con ello las pautas que al efecto nos señala la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El primer motivo de impugnación es el que apunta a la caducidad del procedimiento sancionador. Este primer motivo ha de claudicar pues el mismo se funda en algunas premisas normativas erróneas y algunos datos cronológicos que no se corresponden con la realidad, siendo así que el cálculo correcto de los plazos es el que realiza el abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda, que considera la normativa aplicable al caso y tiene en cuenta los hitos temporales auténticos que se desprenden del expediente administrativo y que se recogen en la originaria resolución sancionadora.

El plazo para resolver y notificar la resolución era de un año conforme a la disposición adicional tercera de la Ley 41/1999, que fue derogada por la disposición derogatoria única c) del Real Decreto Legislativo 4/2015, cuyo artículo 273.2 contempla el mismo plazo de un año. Dicho lo anterior, se ha de considerar que el procedimiento sancionador fue suspendido durante un lapso por prejudicialidad penal ex artículo 96 de la Ley 24/1988, fue ampliado por el tiempo de seis meses, cuya ampliación estaba motivada en la notificación del acuerdo de ampliación adoptado al efecto, y además se suspendió durante el tiempo de evacuación del correspondiente informe del Comité Consultivo de la CNMV, cuyo informe era preceptivo y determinante conforme resulta de la sentencia del Tribunal Supremo en unificación de doctrina de 8-7-2010.

En función de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que la resolución sancionadora se notificó el 6-3-2017, es de concluir que en el caso no se produjo la caducidad del procedimiento en contemplación de los cálculos correctos que hace el abogado del Estado y que se corresponden con los hitos cronológicos auténticos que se desprenden del expediente administrativo y que se recogen en la originaria resolución sancionadora.

QUINTO.- El segundo de los motivos impugnativos aduce la prescripción de la infracción muy grave imputada, que tampoco puede prosperar. A este respecto bastará con indicar que el plazo quinquenal de prescripción quedó interrumpido con el acuerdo de incoación del expediente sancionador en 2009 y su notificación al interesado, y que la suspensión ex artículo 96 de la LMV por prejudicialidad penal del procedimiento administrativo sancionador no equivalía a una paralización del mismo a efectos de prescripción dado que dicha suspensión no respondía a una actuación imputable de la Administración sino que obedecía a un imperativo legal. En contemplación de lo anterior es manifiesto que en el supuesto enjuiciado no concurre la alegada prescripción de la infracción muy grave objeto de la sanción litigiosa.

SEXTO.- El tercer motivo de impugnación arguye la infracción del principio non bis in ídem, cuya infracción tampoco concurre en el caso.

Es de recordar que el hoy demandante fue condenado en el orden penal de la jurisdicción por blanqueo de capitales pero no por el delito de abuso de información privilegiada ex artículo 285 del Código Penal (aunque se le consideró en relación con este último delito partícipe a título gratuito, se le absolvió penalmente del mismo al no reunir los requisitos para ser considerado sujeto activo de dicho delito especial). La sanción administrativa aquí recurrida se impuso por la comisión de una infracción muy grave en atención a la utilización de información privilegiada en la compra de determinadas acciones, cuyo tipo infractor protege un interés diferente al tipo penal por el que el recurrente fue condenado en el orden penal de la jurisdicción, no concurriendo en el supuesto enjuiciado las identidades que se precisan para la aparición de la institución del ne bis in ídem, de donde que este motivo de impugnación haya de fenecer.

SÉPTIMO.- En la demanda figuran como siguientes motivos de impugnación el relativo a la falta de legitimación pasiva del recurrente, vulneración del principio de responsabilidad y ausencia de prueba. Este motivo tampoco puede tener éxito por las siguientes razones.

Los hechos que están en la base de la infracción muy grave objeto de la sanción controvertida aparecen recogidos en el factum del orden penal de la jurisdicción, donde los correspondientes Tribunales apreciaron las pruebas que se practicaron en dicha sede y llegaron a las conclusiones fácticas que se reflejan en el resultando de hechos probados. Este factum del orden penal debía ser respetado en el expediente sancionador litigioso (artículo 96 de la LMV). No resulta plausible, pues, la alegación de falta de práctica de prueba por parte de la CNMV pues la Administración estaba vinculada por la apreciación de los hechos que se recogía en las sentencias penales de referencia, cuyas sentencias tuvieron por acreditado que el hoy demandante usó información privilegiada en la compra de determinadas acciones utilizando para ello un relevante volumen de recursos, constituyendo esto último uno de los elementos configuradores del tipo infractor imputado.

Sobre la base de lo anterior, es de notar que según el mismo factum penal la compra de las acciones se realizó por el ahora demandante a través de varias sociedades de su titularidad, lo que es suficiente para satisfacer el tipo infractor administrativo pues según el mismo las operaciones con información privilegiada a que alude pueden hacerse por cuenta propia o ajena y de forma directa o indirecta (artículo 81.2 de la LMV). A lo anterior es de añadir que, en contra de la opinión del recurrente, el mismo era un sujeto obligado ex artículo 80.1 de la LMV al actuar en el mercado de valores, y al disponer de información privilegiada le eran aplicables las obligaciones y prohibiciones del artículo 81.2 de la misma LMV, siendo así que con arreglo a este último precepto las prohibiciones establecidas en este apartado se aplican a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información, cual era el caso del aquí demandante.

OCTAVO.- El último de los motivos impugnativos invoca la vulneración del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución, y a tal efecto trae como término de comparación el sobreseimiento del expediente sancionador respecto de otro imputado que había sido condenado en el orden penal por el delito del artículo 285 del Código Penal relativo al abuso de información privilegiada.

Nos remitimos ahora a cuanto dijimos más arriba para rechazar la vulneración en el caso del principio non bis in ídem. El término de comparación que trae a colación el escrito de demanda no es válido al no existir homogeneidad o analogía con el caso del recurrente. En el término de comparación el otro imputado respecto del que se acuerda el sobreseimiento del expediente sancionador fue condenado en el orden penal por el delito de abuso de información privilegiada, por lo que se consideró por la Administración que no podía sancionarse en el ámbito del Derecho administrativo sancionador por la infracción relativa a la información privilegiada so pena de incurrir en ne bis in ídem. El demandante, en cambio, fue condenado por blanqueo de capitales (también lo fue aquel otro imputado) pero no por abuso de información privilegiada, por lo que respecto del mismo no existían razones con fundamento en el principio non bis in ídem para acordar el sobreseimiento, y siendo ello así no es válido el término de comparación a que se apela por el recurrente para fundar su alegato de infracción del principio de igualdad, que por todo ello ha de sucumbir.

En este último motivo de impugnación se refiere también el escrito de demanda a la desproporción de la sanción impuesta sobre la base de una ligera alusión a las ganancias obtenidas. En las resoluciones sancionadoras se apreció la concurrencia de una agravante (ganancias obtenidas) y ninguna atenuante, y se impuso la sanción en el tercio inferior si bien con cierta relevancia para cumplir los fines represivos y preventivos de la sanción. Es de observar que las ganancias constituyen un parámetro a tener en cuenta en el contexto del principio de proporcionalidad para evitar que el cumplimiento de la sanción resulte al infractor más beneficioso que el cumplimiento de la norma infringida. Ahora bien, cumplida dicha finalidad, las ganancias no fueron el único parámetro para calibrar la sanción procedente, teniéndose en cuenta también las circunstancias modificativas de la responsabilidad concurrentes y la entidad necesaria de la sanción para cumplir los fines de la misma, siendo de concluir que en función de todo ello no se aprecia infracción alguna de las reglas de dosimetría penal ni del alegado principio de proporcionalidad.

En definitiva, y por mor de cuanto precedentemente queda expuesto y razonado se impone la desestimación del actual recurso al no resultar de recibo ninguno de los motivos de impugnación articulados en la demanda.

NOVENO.- Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones a que se contrae la litis.
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.