

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 618/2017
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Empresa de 7 de septiembre de 2017 que confirma en alzada la resolución del Consejo de la CNMV de 29 de junio de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diez de junio de dos mil veinte.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 618/2017 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha **interpuesto XYZ HERITAGE FOUNDATION** representada por la Procuradora de los Tribunales D^a. RSM y asistida del letrado D. RMC contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de junio de 2016, por la que se impuso una sanción de multa de 200.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 200.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 5 de octubre de 2017 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 5 de diciembre de 2017 la parte solicitó lo siguiente: "dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo, a) Se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución dictada por el Secretario General Técnico, por sustitución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad con fecha de 7 de septiembre de 2017 y la plena nulidad de la misma por violación de los Artículos 24 y 25 de la Constitución española y por vulneración sustancial del procedimiento administrativo sancionador. b) Subsidiariamente, en defecto de las pretensiones fundadas en cuestiones previas de orden público manifestadas en el apartado anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada por desviación de poder y arbitrariedad de fa actuación de la Administración Pública en el expediente administrativo y en las Resoluciones derivadas del mismo. c) Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la plena nulidad de la misma por prescripción de la infracción imputada. d) Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la plena nulidad de la misma por infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad. En todo caso, se publique el fallo de la Sentencia estimatoria que en su día dicte la ILMA. SALA en el Boletín Oficial del Estado. En todo caso, se condene a la Administración demandada al pago de las costas devengadas en el presente Recurso".

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 14 de febrero de 2018, en el que solicitó dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora. Recibido el recurso a prueba y presentadas conclusiones

quedaron el 23 de marzo de 2018 los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 9 de junio de 2020

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucia Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de junio de 2016, por la que se impuso a XYZ HERITAGE FOUNDATION una sanción de multa de 200.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como la resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 7 de septiembre de 2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a aquélla.

Se imputa a XYZ HERITAGE FOUNDATION la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99, letra p), de la Ley del Mercado de Valores (LMV), en relación con su artículo 53, por el incumplimiento del deber de comunicación a la CNMV y difusión de una participación significativa en BANKINTER SA que representaba el 7,85% de su capital social. En concreto, por la no comunicación de esta participación con ocasión de su constitución bajo legislación panameña el 27 de marzo de 2007, momento en que pasó a ser la dominante de un grupo de sociedades que de forma agregada poseía la participación significativa en Bankinter; así como por la no comunicación de la pérdida de la misma participación, con ocasión de su disolución y distribución del patrimonio Fundacional a su beneficiario en julio de 2010, D. JBG, de lo que la CNMV tuvo conocimiento el 30 de julio de 2010 por razón de comunicaciones de participaciones significativas y otras informaciones remitidas a ese organismo supervisor.

Se considera que los hechos son constitutivos de infracción muy grave al concurrir los elementos del tipo previstos en el artículo 99 letra p) LMV, que requiere además la inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 que 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. En este caso se aprecia que concurren esas dos circunstancias por lo siguiente:

- En cuanto a la negligencia: a) por la relevancia de la comunicación no realizada ya que refería al 7,85% del capital de Bankinter, siendo que el umbral aplicable a la Fundación XYZ era del 1 % al tratarse de entidad residente en paraíso fiscal. b) por la demora en el cumplimiento de la obligación: el incumplimiento se produjo tanto con motivo de su adquisición en el año 2007 como de su transmisión en el año 2010 y no es que hubiera demora, sino que nunca se comunicó esa participación por la Fundación.

- En cuanto al animo o interés de ocultación. La Fundación fue titular indirecta de una participación accionarial del 7,85% de Bankinter desde marzo de 2007, que se mantuvo

oculto al mercado y a la CNMV, a través de una compleja estructura jurídica y de grupo que suponía un alto grado de opacidad. Ello determinó la imposibilidad para el organismo regulador de conocer la identidad del titular jurídico. Esta estructura compleja venía constituida por la Fundación constituida en el paraíso fiscal de Panamá, administrada por una sociedad residente también en el paraíso fiscal de Islas Vírgenes Británicas, que era titular de las acciones de Bankinter de forma indirecta a través de la titularidad de cuatro sociedades tenedoras también panameñas (Lipman Inc, Tarso SA, Calores Internacional Cor y Perril Securities SA) custodiadas en cuatro depositarios en Suiza (Credit Suisse, JP Morgan, Lombard Odier, UBS).

Se acuerda imponer una sanción de 200.000 euros, que es el límite superior del tercio inferior teniendo en cuenta dos circunstancias: 1) la circunstancia atenuante de no haber sido la entidad anteriormente sancionada y 2) el carácter doloso de la infracción derivado del ánimo de ocultación que acompañó al incumplimiento en su condición de persona interpuesta dentro de una compleja estructura jurídica fiduciaria.

SEGUNDO: Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Nulidad por prescindir del procedimiento legalmente establecido.
2. Prescripción de la infracción.
3. Existencia de otros vicios procedimentales: incumplimiento del deber de abstención del Secretario del Consejo de la CNMV, predeterminación de la sanción, no separación de la fase de instrucción y de la fase de resolución, incorporación extemporánea de documentos en el expediente, traslado tardío de informes.
4. Inexistencia de infracción.
5. Vulneración del principio de culpabilidad.
6. Vulneración del principio de proporcionalidad.

TERCERO: Nulidad por prescindir del procedimiento legamente establecido.

Alega la parte recurrente, que el acuerdo de incoación del nuevo procedimiento sancionador es nulo por prescindir del procedimiento legalmente establecido, ya que se ha dictado sin ser firme la sentencia que anula -por caducidad del procedimiento sancionador- la resolución sancionadora dictada en el anterior procedimiento sancionador declarado caducado. Siendo nulo el acuerdo de incoación, no tiene ese acto, virtualidad para interrumpir el plazo de prescripción para incoar un procedimiento por la infracción muy grave, por lo que la presunta infracción está prescrita.

Señala que no son ciertas las afirmaciones del Ministerio de que 1) El Ministerio renunció a la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina. 2) que el Ministerio comunicó a la Sala que no tenía intención de recurrir y 3) que solamente el Ministerio podía recurrir la sentencia de la Audiencia Nacional. Por tanto, de forma manifiestamente ilegal, la CNMV incoó un procedimiento sancionador cuando todavía no se había procedido ni se podía proceder al archivo del anterior al no ser firme la sentencia que declaraba la caducidad provocando que, durante un lapso de tiempo, se mantuvieran abiertos dos expedientes administrativos sancionadores por los mismos

hechos sobre el mismo administrado, lo que demuestra la vulneración del ordenamiento jurídico en que incurre el acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de incoación del expediente sancionador 15/2015. Por otro lado, si la Administración realmente hubiera querido que la infracción no prescribiera, podía haber declarado administrativamente la caducidad del procedimiento antes de que la Audiencia Nacional dictara Sentencia (sobre todo teniendo en cuenta que desde diciembre del año anterior existía sentencia del otro caso que declaraba la caducidad del expediente sancionador), con lo que el argumento de que debía incoarse el procedimiento antes de la firmeza de la sentencia para evitar la prescripción, sin perjuicio de otras consideraciones, no se puede mantener ya que la Administración tenía a su alcance otras alternativas de actuación, y solo por su negligencia, no hizo uso de ellas provocando con ello la prescripción de la infracción. Señala que la incoación del nuevo expediente sancionador ha sido contraria al precedente administrativo y particularmente en la incoación del segundo expediente sancionador a D. JB, en que se esperó a la notificación del Decreto de firmeza para la incoación del nuevo expediente sancionador. De hecho, en este mismo recurso, la CNMV no ha ordenado la publicación del fallo en el BOE hasta después de la notificación del Decreto de firmeza, por lo que no resulta coherente que adelante la ejecución de la sentencia acordando la incoación de un procedimiento antes de la declaración de firmeza.

Para resolver esta alegación hay que partir de las siguientes premisas:

1. La Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, con fecha 23 de junio de 2015, estima el recurso 384/2014 que había interpuesto HYZ HERITAGE FOUNDATION contra la resolución del Ministerio de Economía de 11 de octubre de 2013, que le impone una multa por el incumplimiento del deber de comunicación de participaciones significativas en Bankinter, S.A por caducidad del procedimiento administrativo. En la parte dispositiva acuerda “anular las resoluciones administrativas y la sanción de multa por importe de 200.000 € a que se contrae la litis, debiendo proceder la Administración a publicar en el BOE el fallo de la presente resolución de forma inmediata a su firmeza”.

2. Contra esa sentencia que anula la primera resolución sancionadora por caducidad del procedimiento podía interponerse recurso de casación para la unificación de doctrina al tratarse de una resolución dictada por la Audiencia Nacional contra la que no cabía recurso de casación ordinaria, siendo la cuantía litigiosa superior a 30.000 euros.

3. Esa sentencia se notificó a ambas partes el 8 de julio de 2015.

4. El plazo para iniciar un nuevo procedimiento sancionador concluía el 30 de julio de 2015. No se discute esta fecha por las partes. Se trata de una infracción permanente, por lo que el inicio de plazo de prescripción es la de la finalización de la conducta infractora, que en este caso se fija por la CNMV el 30 de julio de 2010 cuando se realiza una comunicación de participaciones significativas a la CNMV. Por otra parte, no interrumpe el plazo de prescripción ni el procedimiento caducado (artículo 92 ley 30/92 y actualmente 95.3 LPACAP), ni los recursos contencioso-administrativos interpuestos para conseguir la declaración de caducidad. En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de enero de 2017 dictada en el recurso de unificación de doctrina 1943/2016 señala que “la reclamación o recursos para lograr la declaración de caducidad no son sino una prolongación del mismo procedimiento que se declara caducado, que

desaparece embebida en él. El procedimiento declarado caducado se hace inexistente y en él se incluye la reclamación o recursos que lo ha declarado”.

5. El 23 de julio de 2015 se incoo por la CNMV nuevo procedimiento sancionador a la Fundación por la presunta comisión muy grave por los mismos hechos.

6. Por Decreto de 21 de octubre de 2015 de la Audiencia Nacional se declara la firmeza de la sentencia y acuerda la remisión a la Administración del testimonio de la sentencia solicitado para su ejecución.

7. No consta en el expediente contencioso-administrativo que el Ministerio de Economía y Competitividad a través de la Abogacía del Estado pusiera de manifiesto a la Sala de lo contencioso-administrativo la renuncia a interponer el recurso de casación para unificación de doctrina, a fin de obtener un pronunciamiento anticipado de la firmeza de la sentencia, antes del transcurso de plazo de 30 días desde la notificación de la sentencia. En efecto, examinado el expediente judicial electrónico correspondiente al recurso contencioso-administrativo 384/2014 que finaliza con sentencia de 23 de junio de 2015 que anula la primera resolución sancionadora, consta que el Abogado del Estado, una vez notificada la sentencia el 8 de julio de 2015 en escrito presentado ante la Audiencia Nacional el 17 de julio de 2015, se limitó a solicitar copia certificada de la sentencia con mención de su firmeza para proceder a su inmediata ejecución, sin hacer mención expresa a la renuncia a interponer el recurso (acontecimiento 92). En este recurso 618/2017 referido al nuevo procedimiento sancionador consta en el expediente administrativo (documento 8) remitido por la Administración que en comunicación interna dentro del propio Ministerio de Economía de 17 de julio de 2015 (escrito del Secretario de Estado de Economía a la subsecretaria del Ministerio) se indica que no considerándose por parte de la Abogacía del Estado en esta Secretaría de Estado que quepa la interposición del recurso de casación para unificación de doctrina se comunica a los efectos de su debido cumplimiento que el procedimiento sancionador ha sido anulado por caducidad por la Audiencia Nacional. En esa misma fecha de 17 de julio de 2015 el Subsecretario remite esa comunicación a la CNMV, adjuntando la sentencia y el escrito del Subsecretario indicando lo siguiente: *“tras comunicarse por este Ministerio a la Abogacía del Estado ante la Audiencia Nacional su criterio de que contra la misma tampoco cabe recurso de casación para la unificación de doctrina, por dicha Abogacía del Estado, con fecha 17 de julio de 2015, se ha solicitado la expedición de copia auténtica de la sentencia con testimonio de su firmeza.”...*

8. Por tanto, en la fecha en que se dicta el acuerdo de incoación del nuevo procedimiento sancionador contra la Fundación, el 23 de julio de 2015, la Audiencia Nacional no podía formalmente declarar la firmeza de la sentencia dado que no habían transcurrido 30 días desde la notificación de la misma y el Ministerio de Economía, es decir, la parte perjudicada por el fallo no había manifestado a la Sala su renuncia a interponer recurso de casación para unificación de doctrina ya que sólo lo había hecho internamente. Solo pone en conocimiento de la Sala su renuncia, en un escrito de alegaciones presentado el 1 de octubre de 2015 (acontecimiento 103) en el que ante la petición de la Fundación de que se espere al transcurso del plazo de 30 días a partir de la notificación de la sentencia para proceder a la declaración de firmeza de la misma, indica que *“La Administración, en tanto que parte desfavorecida por la sentencia y única legitimada por tanto para recurrir la sentencia en casación para unificación de doctrina, manifestó*

expresamente su renuncia a ejercitar su derecho a recurrir por lo que no procede tener en cuenta el plazo de 30 días a que se refiere la actora en su escrito de alegaciones. No obstante, habida cuenta el tiempo ya transcurrido, es evidente que la sentencia dictada en el presente procedimiento, ya es firme y procede que por la Sala se declare expresamente dicha firmeza."

Establecidas estas premisas, la cuestión a analizar es si el acuerdo de la CNMV de 23 de julio de 2015 de incoación de un nuevo procedimiento sancionador al haber sido declarado caducado el anterior interrumpe el plazo de prescripción de la infracción muy grave cometida, que finalizaba el 30 de julio de 2015, teniendo en cuenta que en ese momento la Sala de lo Contencioso-administrativo no podía declarar la firmeza de la sentencia que anulaba, -por caducidad del procedimiento- la primera resolución sancionadora, dado que el Ministerio no había comunicado al Tribunal su renuncia a interponer recurso de casación para unificación de doctrina y no había transcurrido el plazo de 30 días para interponerlo.

Considera la Sala, que el acuerdo de incoación del nuevo procedimiento sancionador de 23 de julio de 2015 sí que interrumpe el plazo de prescripción de la infracción grave cometida, que finalizaba el 30 de julio de 2015, y ello por lo siguiente:

1. El único límite para la incoación de un nuevo procedimiento sancionador es que no haya prescrito la infracción. Legalmente a los efectos que aquí interesa sólo está previsto la declaración de firmeza de pronunciamiento firme de la autoridad judicial como requisito previo para reanudar un procedimiento administrativo sancionador en supuesto de prejudicialidad penal (artículo 96 LMV). Precisamente la tardanza de la CNMV en reanudar el anterior procedimiento administrativo sancionador, una vez dictada resolución judicial firme en un procedimiento penal, determinó la nulidad de la anterior resolución sancionadora por caducidad del procedimiento.

2. La incoación de un nuevo procedimiento sancionador, no era parte de la ejecución de la sentencia, que se limita a anular la resolución sancionadora por caducidad del procedimiento, pero no ordena la incoación de un nuevo procedimiento que es una facultad de la CNMV.

3. La incoación de ese nuevo procedimiento se realiza una vez se tiene conocimiento por la CNMV, mediante comunicación del Ministerio de Economía, de que se ha declarado la caducidad de un procedimiento administrativo anterior por una sentencia judicial y que el Ministerio le ha comunicado que ha asumido ese pronunciamiento y que no va a recurrir. Por otra parte, existía el precedente de que en el recurso contencioso-administrativo que anuló la misma resolución sancionadora respecto a D. JB, al apreciar la caducidad del procedimiento, la parte favorecida por el fallo tampoco interpuso recurso alguno (sentencia de 15 de diciembre de 2014, recurso 87/2014). Ello acorde con reiterada jurisprudencia de que la parte favorecida por el fallo no tenía legitimación para interponer ese recurso al haberse estimado totalmente su pretensión de que se anulara la resolución recurrida por caducidad del procedimiento. Por tanto, ese pronunciamiento judicial reunía en ese momento los requisitos materiales para ser firme, si bien no podía ser declarada esa firmeza por la Sala al no haberle comunicado el Abogado del Estado la renuncia a interponer recurso de casación para unificación de doctrina. En efecto, hay que tener en cuenta que la sentencia de 23 de junio de 2015, (recurso 384/2014) que declara la caducidad del procedimiento, indicaba literalmente en el pie de recurso "esta sentencia no es susceptible de recurso de casación". Por ello, el

Abogado del Estado, en su escrito de 17 de julio de 2015 no manifestó renuncia alguna a ejercitar su derecho a recurrir ya que la sentencia señalaba que contra la misma no cabía recurso de casación. Ahora bien, la parte favorecida por el fallo cuando se le notificó la sentencia, solicitó al día siguiente, el 9 de julio de 2015, se aclara la misma al objeto de que se indicara que la misma no es susceptible de recurso de casación ordinario, pero sí de recurso de casación para unificación de doctrina en el plazo de treinta días. Por auto de 20 de julio de 2015 de esta Sala, al resolver la solicitud de aclaración, se señala que la sentencia no indica que la misma sea firme, sino solo que no cabe el recurso de casación ordinario sin perjuicio de que pudiera interponerse recurso de casación para unificación de doctrina. Ese auto es posterior a la solicitud efectuada por el Abogado del Estado, que no volvió a presentar escrito renunciando a ese recurso, antes del transcurso de los 30 días, por lo que formalmente esta Sala no podía declarar la firmeza de la misma.

4. Si la Administración está legitimada para declarar administrativamente la caducidad del procedimiento en cualquier momento nada impide que lo haga una vez que la sentencia de la Audiencia Nacional anula la resolución sancionadora por caducidad del procedimiento, aun antes de que ésta sea firme, mediante una declaración del Ministerio en que informa a la CNMV que asume esa declaración de caducidad. Debe tenerse en cuenta que, en la orden ministerial de 11 de octubre de 2013 con la que finalizaba el primer expediente declarado caducado, se sancionó a todos los infractores, pero interpusieron recursos de forma separada. La Audiencia Nacional por sentencia de 15 de diciembre de 2014 (recurso 87/2014) había declarado ya la caducidad de ese procedimiento sancionador respecto a otro sancionado, en que las fechas y los trámites de los actos procesales administrativos relevantes para apreciarla eran los mismos, remitiéndose la posterior sentencia de 23 de junio de 2015, (recurso 384/2014) a los razonamientos sobre la caducidad de dicha sentencia.

5. No se aprecia que se cause indefensión, ya que la Fundación puede emplear todos los medios de defensa en relación al nuevo acuerdo sancionador. Debe tenerse en cuenta que la sentencia que anula la primera resolución sancionadora no entró a conocer del fondo del asunto y por tanto, los hechos y fundamentos de la primera resolución sancionadora no habían sido cuestionados, siendo por otra parte el acuerdo de incoación un mero acto de trámite. Por otra parte, no existen de forma simultánea dos procedimientos sancionadores, ya que el primer procedimiento sancionador ya estaba finalizado en vía administrativa y la CNMV parte de la declaración de caducidad del primer procedimiento al haberle sido comunicado por el Ministerio que asumía la declaración de caducidad renunciado a la interposición de recurso de casación para unificación de doctrina.

6. Efectivamente, como señala la recurrente, en este caso la Administración se separa del precedente y en concreto, de la incoación del segundo expediente sancionador a D. JB, en que se esperó a la notificación del Decreto de firmeza para la incoación del nuevo expediente sancionador, pero en ese caso, si se actuaba de ese modo hubiera prescrito la infracción, teniendo en cuenta que el Decreto de firmeza es de 21 de octubre de 2015 y el plazo de prescripción finalizaba el 30 de junio de 2015. No quiere dejar de manifestar la Sala que los escritos presentados por la parte favorecida por el fallo tras la notificación de la sentencia de 9 de julio de 2015, (solicitud de aclaración sobre los recursos que cabrá interponer contra la Sentencia de 23 de junio de 2015) y el 30 de Julio de 2015, (oposición a la solicitud de testimonio de la sentencia formulada por el Abogado del

Estado el 17 de julio al no haber transcurrido el plazo de 30 días para interponer recurso de casación para unificación de doctrina) se realiza con la única finalidad de conseguir alargar el momento de declaración de firmeza para intentar ganar la prescripción de la infracción cometida, dado que ninguna intención tenía de interponerlo como de hecho no lo hizo, ni en este recurso, ni tampoco lo hizo D. JB en relación al mismo procedimiento declarado caducado por sentencia de 15 de diciembre de 2014 dictada en el recurso 87/2014, dado que la sentencia estimó su pretensión de que se anulara la sanción por caducidad del procedimiento. Por lo tanto, con su actuación provocó que se alargara la declaración de firmeza de esta sentencia por esta Sala.

Por tanto, conforme a lo razonado, el acuerdo de incoación no es un acto de ejecución de la sentencia, sin que se aprecien en el mismo irregularidades que determinen que no tenga virtualidad de interrumpir la prescripción.

CUARTO: Prescripción. Notificaciones practicadas en el procedimiento sancionador.

Considera el recurrente que la infracción imputada no sólo ha prescrito como consecuencia de los vicios de que adolece el acuerdo de incoación sino también como consecuencia de la infracción del régimen de notificación. Hay que tener en cuenta que el plazo de prescripción finalizaba el 30 de julio de 2015, por tanto, para que el acto de incoación del nuevo procedimiento administrativo sancionador tuviera la virtualidad de interrumpir la prescripción conforme al artículo 101 bis LMV era necesario que se practicara notificación cumpliendo los requisitos legales siendo el día límite el 30 de julio de 2015, incluido. El recurrente considera que la única notificación válida, que es la realizada al administrador de la sociedad, tuvo lugar el 7 de septiembre de 2015, por lo tanto, la infracción está prescrita

Con carácter previo se detallan los hechos relevantes en relación a las notificaciones (documento nº 5 del expediente administrativo, diligencia de hechos).

1. Despacho Ramón y Cajal. Se intentaron dos notificaciones. Una el 23 de julio de 2015 y otra el 27 de julio de 2015, siendo ambas rechazadas. La de 23 de julio de 2015 fue llevada en mano por personal de la CNMV en donde fue rehusada manifestando que la citada Fundación no estaba ahí domiciliada y que, por tanto, no podían hacerse cargo de la misma. A la vista de ello, se remite anuncio de notificación al BOE, en donde se publica con fecha 30 de julio de 2015.

2. Administrador único de la Fundación XYZ HERITNE CORPORATE SERVICES LTD, domiciliado en Islas Vírgenes Británicas XYZ . Se remitió notificación el 23 de julio de 2015 y fue recepcionada el 7 de septiembre de 2015.

3. PS, miembro del Consejo de Administración, del administrador único de la fundación con domicilio en Suiza, 6, Rue Coutance, 1201 Ginebra. Se remitió el 24 de julio de 2015 que fue entregada el 30 de julio de 2015.

4. El 29 de julio de 2015 don JMC presenta en la CNMV escrito en el que manifiesta que el Despacho Ramón y Cajal ha dejado de ostentar la representación de la Fundación, al tiempo que señala que el domicilio de la citada Fundación se encuentra en Suiza, 6, Rue Coutance, 1201 Ginebra.

5. Con fecha 30 de julio de 2015 don JMC, presenta escrito en la CNMV en el que manifiesta que su Despacho ha recibido comunicación de don PS informándoles de que ha dejado de ser consejero de XYZ HERITAGE CORPORATE SERVICES.

6. El 30 de julio de 2015 se publica en el BOE edicto de notificación.

Considera el recurrente que la notificación no se ha practicado en legal forma y ello por lo siguiente:

1. En el supuesto de que se conozca el domicilio del interesado, la notificación deberá hacerse en éste. En este caso, la propia CNMV reconoce que tenía constancia del domicilio del representante legal de la Fundación, el administrador único, la sociedad XYZ HERITAGE CORPORATE SERVICES LTD., a quien expresamente dirigió la notificación del acuerdo de incoación, siendo debidamente entregada el día 7 de septiembre, por lo que habiéndose practicado correctamente esta notificación, no procedía legalmente la práctica de cualesquiera otras notificaciones.

2. Pese a haber practicado la notificación en el domicilio del representante legal de la Fundación que constaba en los registros de la CNMV, se remitieron, sin base legal, sendas notificaciones a Ramón y Cajal Abogados y al Sr. PS. Ninguno de ellos acusó recibo de las notificaciones ya que no ostentaban la representación administrativa de la Fundación en ese momento.

3. La notificación por edictos efectuada en fecha el 30 de julio, tampoco tiene la consideración de notificación válidamente efectuada por no concurrir los presupuestos legales previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/92, ya que no estamos ni en el supuesto de interesados desconocidos, ni de ignorado domicilio, ni de notificación fallida. Antes, al contrario, la notificación en el domicilio del interesado fue efectiva y se entregó el 7 de septiembre de 2015. Por otro lado, la notificación por edictos a las entidades no residentes en España sin establecimiento permanente, no puede tener ningún tipo de eficacia cuando no se ha acudido a los oportunos instrumentos de cooperación internacional.

El régimen de notificaciones está establecido en el artículo 59 de la Ley 30/92, que es la norma vigente en el momento de incoación de los hechos y que establecía en lo que aquí interesa, en los apartados 1, 4 y 5 lo siguiente:

1. Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado.

4. Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento.

5. Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o bien intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el "Boletín Oficial del Estado".

No se cuestiona que la notificación cursada al domicilio del administrador único de la fundación XYZ CORPORATE, sito en las Islas Vírgenes Británicas, tuvo lugar con posterioridad a la finalización del plazo de prescripción, por lo que -por sí sola- carecería de virtualidad en orden a la interrupción de dicho plazo. Por tanto, se trata de examinar si las notificaciones cursadas al despacho de abogados Ramón y Cajal -y rechazadas con fechas 23 y 27 de julio de 2015- y a don PS –rechazada con fecha 30 de julio de 2015-, así como la realizada mediante publicación en el BOE con fecha 30 de julio de 2015, realizadas todas ellas dentro del plazo de prescripción, resultaron plenamente eficaces en orden a interrumpir dicho plazo.

Considera la Sala que esas notificaciones cursadas al despacho de abogados Ramón y Cajal en su calidad de representantes de la Fundación XYZ y a D. PS en su condición de miembro del consejo de administración de XYZ Corporate, a su vez administrador único de la Fundación XYZ, resultaron plenamente eficaces en orden a interrumpir dicho plazo de prescripción y ello por lo siguiente:

1. Aun cuando sea conocido el domicilio del administrador único de la sociedad sancionada, nada impide que se intente al mismo tiempo notificar al que haya sido designado representante administrativo de dicha sociedad, máxime en este caso en el que el domicilio del administrador estaba en el extranjero, en un paraíso fiscal (Islas Vírgenes Británicas), lo que hacía que materialmente fuera difícil que llegara esa notificación antes de que finalizara el plazo de prescripción, dado que el acuerdo de incoación se dictó el 23 de julio de 2015 y el plazo de prescripción finalizaba el 30 de julio de ese mismo mes. Cuando el artículo 59.1 de la Ley 30/92 del procedimiento administrativo señala que la notificación se puede realizar al interesado o su representante, esa conjunción “o” no es excluyente sino que lo que indica son las personas a las que se puede dirigir la notificación sin que un exceso de notificaciones (a la sociedad administradora única de la Fundación, a un miembro del Consejo de administración de la sociedad que es a su vez administradora única de la Fundación XYZ, al representante designado por la Fundación para actuar en el procedimiento administrativo) implique la irregularidad de las mismas dado que la Ley no limita las personas físicas o jurídicas, si tienen la condición de interesado o representante a las que pueda notificarse un acto.

2. D. JMC, del despacho de abogados Ramón y Cajal al que se dirigió la notificación, intervino, tanto en el primer procedimiento administrativo declarado caducado y posterior recurso contencioso-administrativo que anuló la primera resolución sancionadora, con base a un poder otorgado el 24 de noviembre de 2010. Al amparo de dicho poder los citados abogados se personaron en ese procedimiento administrativo, entendiéndose con ellos todas las actuaciones del mismo. Igualmente, y en base a dicho poder de representación, dichos abogados interpusieron los correspondientes recursos: recurso administrativo -contra la resolución que puso fin al procedimiento- y recurso contencioso administrativo 384/2014 estimado por sentencia de 23 de junio de 2015, No consta que ese poder fuera revocado antes del intento de notificación (23 y 27 de julio) del nuevo acuerdo de incoación y se comunicara a la CNMV. Lo único que consta es que posteriormente, el 29 de julio de 2015, don JMC presenta escrito en la CNMV en el que manifiesta que el Despacho Ramón y Cajal ha dejado de ostentar la representación de la Fundación, pero no acompaña documento alguno que lo acredite, que parece contradicho con el hecho de que en el ámbito del recurso contencioso administrativo

presenta escrito el 30 de julio de 2015, en que se oponen a la declaración de firmeza de la sentencia. A ello se añade que, en el nuevo procedimiento sancionador, las alegaciones al acuerdo de incoación son presentadas por letrados pertenecientes al mismo Despacho profesional Ramón y Cajal.

3. Efectivamente como señala el recurrente, no era necesario una notificación por edictos en el BOE, dado que no concurren los presupuestos legales previstos en el artículo 59.4 de la Ley 30/92, ya que no estamos ni en el supuesto de interesados desconocidos, ni de ignorado domicilio, ni de notificación fallida, pero el hecho de que se realice esa notificación edictal no determina que sean inválidos los intentos de notificación de 23 y 27 julio a los letrados del Despacho Ramón y Cajal, que se ajustan a los requisitos legales, al ostentar la representación legal de la Fundación y por tanto conforme al artículo 59.3 3. "cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento".

4. Por otra parte, consta la notificación a D. PS en su condición de miembro del consejo de administración de XYZ Corporate, a su vez administrador único de la Fundación XYZ aquí sancionada, que era el que había atendido los requerimientos de información realizados por la CNMV en relación a la Fundación antes de que otorgara el poder de representación a los letrados del Despacho de Ramoó y Cajal, sin que conste que hubiera comunicado ningún cambio en dichos datos, pues como tal constancia no se puede considerar el escrito presentado el 30 de julio de 2015 por don JMC que afirma hechos que no consta documentado.

QUINTO: Hace referencia a otros vicios procedimentales, si bien en el escrito de conclusiones se centra en el incumplimiento del deber de abstención de conformidad con el artículo 28 de la Ley 30/1992 del Secretario del Consejo de la CNMV y se va analizar en primer lugar.

Alega que D. JB presentó querrela penal contra el Secretario del Comité Ejecutivo, por revelación de secretos como consecuencia de las filtraciones ocasionadas durante el procedimiento en otro expediente sancionador que la CNMV incoó por estos mismos hechos contra D. JB. El proceso penal se seguía en ese momento ante el Juzgado de Instrucción núm. 42 de Madrid, Diligencias Previas, Procedimiento abreviado, 6631/2013. Ello, a su juicio, es prueba más que suficiente para demostrar, tanto la existencia de cuestión litigiosa pendiente con el interesado, como la enemistad manifiesta. Considera que la existencia de esa causa de abstención, determinaba que no pudiera emitir como Director del Servicio Jurídico, el informe de 15 de marzo de 2016, que consta en el folio 22 a 25 de la resolución recurrida. Añade que la resolución sancionadora resuelve esta cuestión de modo totalmente sorprendente (pág. 31) afirmando que no concurre causa de abstención ya que el proceso penal abierto contra la persona del Secretario es a instancia de una persona, el Sr. B , y *"el único expedientado resulta ser una persona jurídica – Fundación XYZ-, y "En definitiva, siendo el único "interesado" en el presente expediente la Fundación XYZ, y no existiendo cuestión litigiosa alguna pendiente con dicha Fundación por parte del Secretario del Consejo y del Comité Ejecutivo de la CNMV, ninguna causa de abstención cabe apreciar en éste"*.

Esta Sala comparte con el recurrente, que las causas de abstención en relación a D. JB alcanzan también a la fundación XYZ desde el momento en que la CNMV considera que dicha fundación actúa por cuenta ajena como persona jurídica interpuesta de JB, para la realización de la conducta sancionada y se les sanciona a ambos por no comunicar las mismas acciones de Bankinter SA. De hecho, el primer procedimiento declarado caducado fue único para todos los sancionados y los nuevos expedientes sancionadores incoados de forma individual a cada uno de estos sancionados reproducen los hechos y fundamentos jurídicos del primero.

Ahora bien, no se aprecia que concurra una causa de abstención de las previstas en el artículo 28 de la Ley 30/92 referida a la existencia de pleito pendiente y enemistad manifiesta del Secretario del Consejo de la CNMV con el Sr. B y ello por lo siguiente:

1. La querella, según indica el recurrente, es por revelación de secretos como consecuencia de las filtraciones ocasionadas en el expediente sancionador que la CNMV incoó el 10 de noviembre de 2011 entre otros a D. JB y que finalizó por resolución de 11 de octubre de 2013. No explica el recurrente, teniendo en cuenta que el número del procedimiento penal es del año 2013, por qué no se planteó en su caso esta causa de abstención durante la tramitación del segundo procedimiento administrativo contra D. JB, que finalizó por resolución de 7 de julio de 2015 o en el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. JB en 2016 ante esta Sala contra la resolución administrativa que puso fin a ese procedimiento sancionador (recurso contencioso-administrativo 1/2016) y se hace en el segundo procedimiento administrativo incoado contra la Fundación y ahora en este recurso contencioso-administrativo 618/2017 interpuesto contra la resolución que sanciona a la Fundación (expediente administrativo).

2. Se desconoce si esa querella fue admitida, ya que se limita a indicar que el proceso penal se seguía en ese momento contra el Secretario del Consejo indicando Juzgado y el número de procedimiento penal 6631/2013. Por otra parte, se desconoce a qué filtraciones se refiere, dado que no se aporta ningún documento en relación con esa querella con el escrito de demanda o se referencia, en su caso, en qué parte del voluminoso expediente se incorporó la misma. En todo caso, en la sentencia de 11 de enero de 2018 (recurso 1/2016) interpuesto por D. JB contra la resolución sancionadora dictada en el segundo procedimiento sancionador se dice lo siguiente:

"En cuanto a las quejas centradas en la difusión pública que se hizo de la incoación del segundo expediente sancionador acto seguido de la caducidad del primero declarada judicialmente en sentencia, recordemos que dicha publicidad es viable en el marco del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (art. 275-7 " 7. La Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrá hacer pública la incoación de los expedientes sancionadores, una vez notificada a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal , salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores. La publicación se decidirá previa ponderación, suficientemente razonada, entre el interés público, atendiendo a los efectos favorables que, en conjunto, genere sobre la mejor transparencia y funcionamiento de los mercados de valores y la protección de los inversores, y el perjuicio que cause a los infractores "), siendo de indudable interés la difusión acerca de lo que implica la ocultación de

participaciones significativas en entidades cotizadas y la posición que adopta el regulador acerca el carácter permanente de la infracción y sin que de la normativa resulte que las consecuencias de una difusión improcedente sea precisamente la de anulación del procedimiento sancionador y sin perjuicio de las acciones que puedan competir al recurrente en otros ámbitos, totalmente ajenos al presente recurso.”.

3. En cuanto a la enemistad manifiesta. Hay que precisar que la enemistad susceptible de causa de abstención es la enemistad del personal de la Administración contra el administrado y no al revés, es decir, del administrado hacia el personal de la Administración. Por ello, no se aprecia que exista esa enemistad manifiesta por el hecho de que la persona contra la que se dirige el procedimiento presente una querrela penal, ya que bastaría presentar querrelas penales con la finalidad de entorpecer la actuación administrativa. En este caso no se da información sobre esta querrela, el estado en que se encuentra, el hecho concreto que se imputa, al objeto de que esta Sala valore si existe algún indicio con base a lo relatado de posible enemistad por parte de personal de la Administración hacia el sancionado.

Por último, señalar que el informe de 15 de marzo de 2016, que consideraba no podía emitir el Director del Servicio Jurídico por concurrir esa causa de abstención, no determinaría la anulación del acto recurrido, ya que se limita a exponer un criterio técnico para contestar a las alegaciones al acuerdo de incoación presentado por el recurrente referidas a la imposibilidad de incoar el procedimiento sancionador antes de la firmeza de la sentencia que anula la primera resolución sancionadora, criterio técnico que esta Sala comparte.

SEXTO: El recurrente hace referencia a otras irregularidades procedimentales.

1. Predeterminación de la sanción. Alega el recurrente que la Administración no ha tenido en cuenta que la sanción estuviera prescrita, se ha vulnerado el orden determinado para la realización de las notificaciones administrativas, no se ha esperado a la firmeza de la sentencia que anulaba -por caducidad del procedimiento- la primera resolución sancionadora. Asimismo, considera que se ha infringido el principio de seguridad jurídica, dado que se ha separado del criterio seguido en la actuación precedente (expediente sancionador contra D. JB que se esperó a que fuera firme la sentencia para incoar el nuevo procedimiento).

2. No separación de la fase de instrucción y de la fase de resolución, dado que el Director del Servicio Jurídico, que es a su vez Secretario del Consejo y del comité ejecutivo, emite el informe de 15 de marzo de 2016 en la fase de instrucción con falta total de respeto entre las funciones resolutorias e instructoras.

3. Incorporación extemporánea de documentos en el expediente. Señala que no tiene conocimiento del informe del Secretario de 15 de marzo de 2016, hasta el 22 de abril de 2016, que se incorpora a la propuesta de resolución, cuando lo cierto es que cuando se dicta el pliego de cargos el 18 de marzo de 2016 ya se había dictado.

Estas alegaciones no pueden prosperar:

1. Las alegaciones referidas a la predeterminación de la sanción e inseguridad jurídica ya han sido analizadas en el fundamento de derecho tercero, en que se resuelve la alegación relativa a la nulidad del procedimiento dado que el acuerdo de incoación se

dicta antes de la firmeza de la sentencia que anula por caducidad del procedimiento la primera resolución sancionadora.

2. En relación a la falta de separación de la fase de instrucción y resolución. El procedimiento administrativo tiene 3 fases: incoación, instrucción y fase de resolución. La intervención del Director del servicio jurídico en relación a ese informe no se ha producido en la fase de instrucción, sino en relación al acto de incoación dictado por el mismo órgano que ha dictado la resolución sancionadora. Así, consta que el acto de incoación del segundo procedimiento de 23 de julio de 2015 fue dictado por el Comité Ejecutivo de la CNMV, que acordó el 12 de noviembre de 2015 -tras solicitar el recurrente en escrito de 27 de octubre de 2015 dirigido a ese órgano el archivo del procedimiento por existencia de irregularidades en el acto de incoación-, solicitar informe a la Dirección General del Servicio Jurídico de la CNMV. Una vez emitido ese informe de 15 de marzo de 2016, acordó el Consejo Ejecutivo de la CNMV en sesión de 17 de marzo de 2016 continuar con el expediente sancionador incoado. Por tanto, no se puede considerar que el Secretario del Consejo como Director del Servicio Jurídico al emitir dicho informe, ha intervenido en la fase de instrucción. Por otra parte, se ha limitado a informar jurídicamente sobre las alegaciones presentadas como asesor en derecho al Consejo, competencia que le atribuye el artículo 15 1 a) del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV.

3. En cuanto al momento en que se incorpora ese informe. Es cierto, como señala el recurrente, que cuando se dicta el 18 de marzo de 2016 el pliego de cargos por las instructoras ya se había emitido ese informe del servicio jurídico de 15 de marzo de 2016, pero hay que tener en cuenta que ese informe fue solicitado por el Consejo de la CNMV y se remitió a dicho órgano. Con base ese informe el Consejo de la Comisión de la CNMV acordó el 17 de marzo de 2016 la continuidad del expediente sancionador. Por tanto, materialmente no era posible incluir ese informe en el pliego de cargos. Se puso en conocimiento del interesado posteriormente, cuando fue remitido por el Consejo de la CNMV a los instructores. Así, consta que el 21 de abril de 2016 las Instructoras reciben la copia, de la que se le entrega copia al interesado el 27 de abril de 2016, y se hace referencia al mismo en la propuesta de resolución, frente al que pudo presentar alegaciones.

SEPTIMO: En cuanto a la inexistencia de la infracción imputable.

Analizadas las irregularidades formales, procede entrar a examinar el hecho imputado consistente en el incumplimiento de la Fundación XYZ de la obligación de comunicar a la CNMV participaciones significativas en una sociedad cotizada de Bankinter.

La resolución impugnada considera que la Fundación debió remitir una comunicación de participaciones significativas de acciones de Bankinter, S.A. en dos momentos: (i) con ocasión de su constitución en marzo de 2007 y (ii) con ocasión de su disolución en julio de 2010.

Para ello parte de los siguientes hechos probados, (apartado noveno de hechos probados de la resolución de la CNMV de 29 de junio de 2016).

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, y que no fue declarado al registro de participaciones significativas de la CNMV hasta el 30 de julio de 2010.

2. Entre las estructuras fiduciarias utilizadas se encuentra la Fundación XYZ que, desde marzo del año 2007 -fecha de su constitución-, en que recibe el traspaso de diversas sociedades tenedoras últimas de las acciones constitutivas del citado paquete, se convierte en la entidad dominante de un grupo de sociedades que poseen en conjunto el 7,85% de Bankinter, y cuyo primer beneficiario era D. JB. La Fundación no comunicó en ningún momento al registro de participaciones significativas de la CNMV que había alcanzado una participación en Bankinter del 7,85% en marzo de 2007, ni tampoco comunicó que había dejado de tener dicha participación como consecuencia de su disolución y consiguiente distribución del patrimonio Fundacional a su primer beneficiario -D. JB - en julio de 2010.

Los hechos probados, tal como se indica desde el pliego de cargos, no solo coinciden con los relacionados en el informe razonado de la Dirección General de Mercados de 18 de septiembre de 2011 sino que, en este caso, han sido complementados con los resultantes de la apreciación contenida en el auto dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2012, que acuerda el sobreseimiento libre del procedimiento penal incoado por un presunto delito contra la Hacienda Pública contra D. JB e hijos, en el que fueron asumidos determinados hechos resultado de las verificaciones realizadas por el perito para valorar la corrección de las declaraciones complementarias extemporáneas presentadas por D. JB y sus hijos relativas al Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) de los ejercicios 2005 a 2009 y al Impuesto sobre el Patrimonio (IP) de los ejercicios 2005 a 2007, a fin de regularizar las circunstancias derivadas de las cuentas existentes en la entidad bancaria suiza HSBC PRIVATE BANK SUISSE.

En relación a estos hechos que se contienen de forma invariable en el apartado noveno de hecho imputados del pliego de cargos y en el apartado noveno de hechos probados de las alegaciones a la propuesta de resolución y resolución sancionadora, es importante resaltar que la Fundación XYZ no discutió los mismos en los sucesivos trámites que se le ofrecieron en vía administrativa para presentar alegaciones (alegaciones al pliego de cargos, alegaciones a la propuesta de resolución). Tampoco discutió estos hechos al interponer el recurso de alzada. Todas las cuestiones que planteó eran principalmente de irregularidades formales en el procedimiento, que reitera en este recurso, que ya han sido analizadas en los anteriores fundamentos de derecho de esta sentencia: Imposibilidad de incoar expediente sancionador antes de la declaración de firmeza de la Sentencia de la Audiencia Nacional que estima el recurso contencioso y el archivo de las actuaciones. Irregularidad en el régimen de las notificaciones practicadas en el procedimiento, predeterminación de la sanción, infracción del principio seguridad jurídica, no separación de la fase de instrucción y de resolución, Incumplimiento grave del deber de abstención del Sr. Secretario del Consejo y de la Comisión Ejecutiva, prescripción, cosa juzgada al haberse dictado sentencia que ha anulado la sanción por caducidad del primer procedimiento.

En cuanto al fondo del asunto, es decir, propiamente en cuanto a la infracción cometida de falta de cumplimiento de la obligación de comunicación de participaciones significativas, lo planteado por la Fundación en las alegaciones al pliego de cargos y en el recurso de alzada fue exclusivamente la vulneración del principio non bis in ídem. Señalaba que partiendo de los hechos probados -que consideran que D. JB ha sido el propietario final o beneficiario efectivo y por tanto, el titular real de un paquete accionarial de Bankinter cuya titularidad formal ha correspondido, sucesivamente, a varias estructuras fiduciarias utilizadas como persona interpuesta- no se puede sancionar ahora a la Fundación dado que a D. JB se le ha impuesto con base a esos mismos hechos una sanción (resolución de 7 de julio de 2015, expediente 2/2015 al que se remite a efectos probatorios), lo que impide duplicar la misma a otras entidades intermedias. En las alegaciones a la propuesta de resolución no hizo alegación alguna en cuanto al fondo.

Por lo tanto, las cuestiones que ahora se examinan en relación a la existencia de infracción (salvo la vulneración del principio non bis in ídem), principio de culpabilidad y principio de proporcionalidad, no han sido planteadas previamente en vía administrativa.

OCTAVO: Cuestiona el recurrente la condición de la Fundación como persona interpuesta de D. JB que se realiza en los hechos probados.

Alega el recurrente que, de acuerdo con la definición de persona interpuesta y la aplicación jurisprudencial de la misma, resulta incontrovertible que en el supuesto que nos ocupa no se dan los requisitos para entender que la Fundación actuó como persona interpuesta de D. JB. Y ello porque:

1. La existencia del concepto de persona interpuesta requiere que se cubra la persona interpuesta de los riesgos de la operación. En el supuesto que nos ocupa, no se plantea, ni se acredita, que D. JB cubriera los riesgos de la Fundación.

2. La capacidad del administrador de la Fundación para tomar decisiones y gestionar autónomamente es incompatible con la aplicación del concepto de persona interpuesta.

3. En la aplicación jurisprudencial del concepto de persona interpuesta existe siempre un negocio obligacional o acuerdo entre la persona que emplea o utiliza la persona interpuesta y la propia persona interpuesta por el que se autoriza a esta última para que adquiera acciones de la sociedad en cuestión. En ningún caso se ha acreditado que haya existido dicho acuerdo entre D. J y la Fundación.

4. La existencia de una persona interpuesta requiere, como se afirma en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008 (recurso 7105/2004), que no exista otra explicación posible y verosímil a la operación que la de evitar la comunicación de participaciones significativas. En este caso, considera ha quedado acreditada dicha explicación, no sólo verosímil, sino muy habitual en el tráfico mercantil y en el mantenimiento de patrimonios familiares. La constitución del trust inicial y posteriormente de la Fundación tenía como único objetivo proteger el patrimonio familiar por el deseo expreso de D. EB.

Estas alegaciones no pueden prosperar por lo siguiente:

1. El concepto de persona interpuesta a efectos de comunicación de participaciones significativas está recogido el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en Sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias establece en el artículo 3.1 (y en los mismos términos el artículo 24.2 b) del Real Decreto 1362/2007) que establece lo siguiente:

“Se considerará persona interpuesta, a los efectos del presente Real Decreto, aquella que en nombre propio, adquiriera, transmita o posea acciones por cuenta de otra persona física o jurídica. Asimismo, se presumirá tal condición cuando se deje total o parcialmente a cubierto de los riesgos inherentes a las adquisiciones, transmisiones o a la posesión de las acciones.”

Por lo tanto, la existencia de persona interpuesta no requiere que se cubra la persona interpuesta de los riesgos de la operación, sino que sólo se establece una presunción legal de existencia de persona interpuesta si concurre esa condición. En este caso, de todas maneras, la Fundación no asumía riesgo alguno, dado que se trataba de una Fundación en la que el patrimonio sólo estaba constituido por acciones de Bankinter propiedad de JB que era al mismo tiempo el primer beneficiario, no realizando operaciones en el mercado.

2. Efectivamente como señala el recurrente, la capacidad del administrador de la Fundación para tomar decisiones y gestionar autónomamente es un indicativo de existencia de persona interpuesta.

En este caso, conforme se va a exponer, consta acreditado el control efectivo de XYZ Heritage Foundation por parte de D. JB, por lo que se cumple esta premisa.

Es cierto que la resolución sancionadora no analiza este dato, pero ello es debido a que ninguna alegación hizo al recurrente durante la tramitación de este procedimiento administrativo, ni en el recurso de alzada respecto a los hechos probados, en los que como hemos señalado, se parte de la consideración de XYZ de persona interpuesta con base a la apreciación de los hechos que se han realizado en sede penal y que debían de ser respetados en el procedimiento administrativo por aplicación de los artículos 96 de la LMV y 7.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto Real Decreto 1398/1993.

Esta cuestión referida al control efectivo de la Fundación XYZ por parte de D. JB , sí que fue examinada en el primer procedimiento sancionador 12/2011 que finalizó con la orden de 11 de octubre de 2013 y que fue posteriormente anulada por caducidad del procedimiento y también en el procedimiento administrativo sancionador 2/2015 incoado a D. JB por el incumplimiento de la misma obligación y que finalizó con la orden de 7 de julio de 2015, que acordó imponer una sanción a D. JB por el incumplimiento de la obligación de comunicar. Ese procedimiento 2/2015 finalizó antes de que formulara la Fundación XYZ las alegaciones al pliego de cargos (13 de abril de 2016) en este expediente administrativo 15/2015. Contra el mismo se interpuso recurso contencioso-administrativo que fue desestimado por sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2018 (recurso 1/2016). En la orden de 7 de julio de 2015 se exponen extensos argumentos para acreditar la existencia de ese control efectivo.

La Fundación aquí sancionada no cuestionó en vía administrativa en este procedimiento administrativo (15/2015) ese control efectivo, sino que ha construido su

defensa durante la tramitación de este procedimiento administrativo, precisamente invocando la orden de 7 de julio de 2015 (expediente 2/2015) que acuerda imponer una sanción a D. JB por el incumplimiento de la obligación, haciendo referencia a que si esa orden concluye que el diseño y utilización de esta estructura se puede imputar directamente a D. JB, no se puede ahora sancionar a la Fundación XYZ porque supondría una duplicidad sancionadora, haciendo referencia expresa a que esa orden señala lo siguiente:

"D. JB ha sido (...) el propietario final o beneficiario efectivo y, por tanto, el titular real de un paquete accionario de Bankinter (...) cuya titularidad formal ha correspondido, sucesivamente a varias estructuras fiduciarias utilizadas como persona interpuesta".

Nos remitimos por tanto a los razonamientos de la orden de 7 de julio de 2015 (expediente 2/2015) que acreditan la existencia de ese control efectivo por parte de D. JB, de lo que resulta que D. JB habría sido, desde 1993 el titular real o final de acciones representativas del 7.85% del capital social de la entidad de crédito cotizada Bankinter, recibidas entonces como consecuencia del fallecimiento de su padre y con ocasión de la asignación de su caudal hereditario, y de las que habría dispuesto a través de una compleja estructura jurídica fiduciaria por él controlada y utilizada como persona interpuesta titular tan solo formal de aquellas acciones. Esta estructura jurídica fiduciaria interpuesta por D. JB por cuenta de quien se tenían las acciones de Bankinter, vino formada, como entidad cabecera, primero por un trust, denominado Swanley Corporation y después -a partir de marzo de 2007- por una Fundación de interés privado panameña de nombre XYZ Heritage Foundation, y por sus sociedades participadas al 100%, también panameñas. Tarso. S.A., Calores Inter., Lipmany Penril Securities, propietarias, a su vez de las acciones de Bankinter.

Se reproduce la orden de 7 de julio de 2015 (expediente 2/2015) en lo que aquí interesa:

"Pues bien, con relación al control ejercido por el Sr. B sobre Swanley y sobre la constitución de XYZ Heritage Foundation, en el presente caso son hechos indubitados, expresamente reconocidos por el Sr. B en el seno del procedimiento penal y del presente expediente, los siguientes: (a) que el ahora expedientado fue heredero directo de su padre, el Sr. BSL, fallecido en 1993; (b) que el paquete accionario del 7,85% del capital social de Bankinter, S./4. formaba parte del patrimonio hereditario del causante; (c) que, a resultas del fallecimiento de su padre, el Sr. B pasó o ser beneficiario y protector del trust anglosajón Swanley, titular indirecto del referido paquete accionario (a través de Tarso, Calores Inter., Lipman y Penril Securities); que, (d), como 'protector' daba "indicaciones" sobre el mantenimiento de las inversiones de esta entidad en su beneficio y en el de sus hijos, y, finalmente, (e), que el 27 de marzo de 2007 se constituyó XYZ Heritage Foundation, cuyo beneficiario fue el Sr. B, que sustituyó en sus funciones a Swanley, pasando a ostentar lo titularidad indirecta de las sociedades tenedoras.

La conclusión natural que ha de extraerse de estos hechos es doble. Por una parte, responde plenamente a las reglas de la lógica y la experiencia deducir que una persona que, como él Sr. B, ostenta simultáneamente la condición de beneficiario último de unas acciones en Bankinter, valoradas a 31 de diciembre de 2004 en 230.879.966 euros (lo que implica un deber por parte de Swanley de actuar en su beneficio), y la condición de 'protector' de dicho trust, controlaba de facto ese trust.

-Por lo que respecta al control ejercido por el Sr. B en el funcionamiento de XYZ Heritage Foundation, resulta igualmente indubitado que se produjeron los siguientes hechos: (a) que, según sus propios estatutos y sus manifestaciones, XYZ Heritage Foundation debía de actuar en todo momento favoreciendo los intereses del beneficiario; (b) que, según lo ya dicho, la participación en Bankinter ostentada a través de las sociedades tenedoras es importante tanto desde un punto de vista cualitativo como cuantitativo y, (c), que el Sr. B justificó no haber tributado por la operación de ampliación de capital de Bankinter financiada en parte por XYZ Heritage Foundation, por entender que 'era beneficiario de todas las entidades implicadas en la operación de ampliación de capital'.

De los hechos anteriores, se deduce que, no pudiendo ser ajeno el Sr. B a la extinción de la entidad de la que era protector y beneficiario, tampoco pudo serlo de la constitución de una nueva entidad de naturaleza Fundacional ni de su funcionamiento que naturalmente había de acomodarse a los intereses de su primer beneficiario. Esta deducción responde a criterios puramente lógicos, a lo que debe añadirse, por otra parte, que no resulta razonable pensar que quien ejerció como función la de "controlar" o "proteger" un patrimonio determinado depositado en un trust, dejase de hacerlo al decidirse constituir otra estructura interpuesta de distinta naturaleza.

La argumentación realizada por la representación del Sr. B en sus alegaciones no deja de ser meramente formal: no se niega, en ese sentido, que XYZ Heritage Foundation contase con su propia administración. Lo que se discute es que de esa gestión fuese ajeno el Sr. B, por las razones anteriormente expuestas, existiendo indicios de que, más allá de quien ejercitase de iure las funciones derivadas de la gestión de dicha entidad, el referido señor ejercía un control de facto sobre la misma"

Debe insistirse que no se ha discutido en este expediente que XYZ Heritage Foundation no hubiese repartido dividendos, ni que formalmente el Sr. B careciese de capacidad de gestión de la entidad ni que, formalmente también, fuese el Consejo de la Fundación quien acordase la disolución de la misma y la distribución del patrimonio Fundacional. Pero lo que demuestran los indicios anteriormente expuestos es que, con independencia de esa apariencia formal, no resulta creíble que el Sr. B no ejerciese control alguno' sobre tal entidad, si, como ocurre: (i) controló a su antecesor, el trust; (ii) no pudo como "protector" de éste ser ajeno a su extinción y a la constitución, en su sustitución, de XYZ Heritage Foundation, (iii) ni tampoco pudo ser ajeno a (a decisión de acudir a la ampliación de capital de Bankinter, S.A.. (iv) ni puede ignorarse que los derechos de voto ejercidos no podían razonablemente contradecir los intereses del Sr. B, en su calidad de beneficiario de la Fundación.

Al margen de lo anterior, dicho control se percibe de forma aún más clara si se analizan las condiciones en que se extinguió dicha entidad. En este sentido, y en relación con el control del Sr. B sobre la disolución de XYZ Heritage Foundation, debe partirse de hechos Innegables: (a) que la disolución de XYZ Heritage Foundation se produjo el día 26 de julio de 2010, un día antes de presentarse por el Sr. B la declaración complementaria a la AEAT; (b) que la decisión de presentación de tal declaración se tomó por el Sr. B como medida más adecuada para evitar contingencias fiscales, transparentándose todas las rentas y activos provenientes de la herencia de su padre, tras la recepción por parte de su hermano de un requerimiento de la Agencia Tributaria un mes antes".

3. Afirma el recurrente que en la aplicación jurisprudencial del concepto de persona interpuesta existe siempre un negocio obligacional o acuerdo entre la persona que

emplea o utiliza la persona interpuesta y la propia persona interpuesta por el que se autoriza a esta última para que adquiriera acciones de la sociedad en cuestión y que en este caso no se ha acreditado ese acuerdo.

Considera la Sala que efectivamente tiene que existir una relación entre la Fundación y D. JB y que la misma está acreditada como puede deducirse del apartado anterior, aunque formalmente existiera una apariencia de independencia. Por otra parte, en un requerimiento de información que se envió por la CNMV al administrador de la Fundación XYZ Heritage Corporate Service Ltd (hecho probado cuarto de la resolución recurrida) éste señaló que no existe contrato o mandato de gestión específico entre la Fundación y su administrador XYZ Heritage, limitándose a indicar que ello es debido a que las estipulaciones de las leyes panameñas se consideran suficientes, lo que constituye una respuesta vaga e imprecisa, y que no permite considerar justificado que efectivamente fueran los administradores reales.

4. Afirma el recurrente que según la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2008 (recurso 7105/2004) la existencia de persona interpuesta requiere que no exista otra explicación posible y verosímil a la operación que la de evitar la comunicación de participaciones significativas, citando este párrafo:

“Cuando alguien encarga a un tercero la compra de acciones, asumiendo totalmente el riesgo de la operación, debe presumirse que el tercero actúa como persona interpuesta, y que en realidad se trata de una adquisición por cuenta de quien la encomendó, y no únicamente porque así lo disponga el artículo 3.2 del RD 377/1991, sino porque no existe otra explicación posible y verosímil de la operación, o al menos, no se ha ofrecido en este caso”.

Esa afirmación del recurrente debe ser matizada, ya que esa sentencia en relación al supuesto ahí analizado, en que la cuestión a decidir era si cabía apreciar que las acciones adquiridas por un banco en virtud del contrato de opción de venta suscrito con una empresa fueron, en realidad, adquiridas por esta última, actuando el banco como persona interpuesta, se analizan una serie de indicios para llegar a esa conclusión (firma contrato en que se elimina completamente para la persona interpuesta -el banco. el riesgo inherente a cualquier compra de acciones, y dicho riesgo es asumido por la empresa, declaraciones del banco que la adquisición se hizo por cuenta de la empresa y que no se da otra explicación posible-.

De ahí deducir que la existencia de persona interpuesta exige que solo tenga exclusivamente una finalidad no parece adecuado. No se discute en este caso que la creación de este entramado financiero y opaco puede tener principalmente una finalidad fiscal, pero también en este caso ha producido el efecto de ocultar desde el año 1993 a 2010 (desde 1993 a 2007 a través del trust denominado Swanley Corporation, y a partir de marzo de 2007, XYZ Heritage Foundation) al verdadero titular de un significativo paquete accionario de una entidad bancaria española y los derechos de voto que lleva inherentes.

NOVENO: Conforme a lo razonado consta acreditado que 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 accionario de Bankinter, representativo de un 7,85%, cuya titularidad formal ha correspondido, sucesivamente a

varías estructuras fiduciarias utilizadas como persona interpuesta. Esta estructura jurídica fiduciaria e interpuesta del Sr. B, por cuenta de quien se tenían las acciones de Bankinter, vino formada, como entidad cabecera, primero por un trust, denominado Swanley Corporation (desde 1993 a 2007), y después -a partir de marzo de 2007- por una Fundación de interés privado panameña de nombre XYZ Heritage Foundation, y por sus sociedades participadas al 100%, también panameñas, Tarso, S.A., Calores Inter., Lipman y Penril Securities, tenedoras a su vez, de las acciones de Bankinter. Estas sociedades tenedoras panameñas, tenían a su vez depositadas las acciones de Bankinter en custodios internacionales en Suiza con un porcentaje inferior al 3% (2, 33% Credit Suisse, 1, 64% JP Morgan, 1, 68% Lombard Odier y 2, 20% Ubs) que eran a efectos del registro de Iberclear titulares de las acciones. D. JB era el primer beneficiario de la Fundación ya que solo en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia, el patrimonio se distribuiría a los hijos.

Establecido lo anterior procede examinar si la Fundación XYZ Heritage, persona jurídica interpuesta de D. JB, debió remitir una comunicación de participaciones significativas de acciones de Bankinter, S.A con ocasión de su constitución en marzo de 2007 y con ocasión de su disolución en julio de 2010. Estos son los dos momentos que considera la resolución recurrida.

Respecto a las fechas en que se debió remitir comunicación, el Abogado del Estado señala en el escrito de contestación a la demanda otros momentos en que tenía obligación de comunicar: 20 de diciembre de 2007, con la entrada en vigor del RD 1362/2007 para informar que en dicha fecha poseía un 7,85% de derecho de voto de Bankinter, el 15 de enero de 2008 y 8 de junio de 2009, coincidiendo con las fechas de ampliación de capital de Bankinter.

Estos momentos no son considerados por la resolución recurrida. En este sentido, ya la primera resolución sancionadora que fue anulada por caducidad (orden del Ministro de Economía de 11 de octubre de 2013, dictada en el primer expediente sancionador 12/2011 declarado caducado) se excluyen expresamente esos periodos señalando:

“Exclusión hecha de los momentos fechados el 20 de diciembre de 2007, 15 de enero de 2008 y 8 de junio de 2009, como se alega por esta entidad expedientada y por los mismos motivos ya expuestos en relación con el cargo imputado al Sr. B, ha de concluirse de forma indubitada que XYZ Heritage Foundation estaba sometida como centro de imputación jurídica, en su constitución (marzo de 2007) y posterior disolución (julio de 2010), a la obligación de comunicación al registro público de participaciones significativas de la adquisición y posterior transmisión de aquellas acciones de Bankinter representativas del 7,85 % de su capital.”

Así, en los hechos probados, apartado noveno de la resolución de la CNMV aquí recurrida que pone fin a este segundo procedimiento sancionador, se indica lo siguiente:

“La Fundación no comunicó en ningún momento al registro de participaciones significativas de la CNMV que había alcanzado una participación en Bankinter del 7,85% en marzo de 2007, ni tampoco comunicó que había dejado de tener dicha participación como consecuencia de su disolución y consiguiente distribución del patrimonio Fundacional a su primer beneficiario D. JB en julio de 2010”.

Y en el fundamento de derecho sexto:

“Pues bien, de la relación de hechos resulta claramente acreditado, que..... dicha Fundación estaba sometida como centro de imputación jurídica, en su constitución (marzo de 2007) y posterior disolución (julio de 2010), a la obligación de comunicación, al registro público de participaciones significativas, de la adquisición y posterior transmisión de aquellas acciones de Bankinter, representativas del 7,85% de su capital”.

El recurrente no está de acuerdo con este razonamiento que se analiza en los fundamentos de derecho siguientes, separando la obligación de remitir comunicación en el momento de la constitución (marzo 2007) y en el momento de la disolución (julio de 2010).

DECIMO: En cuanto a la obligación de la Fundación de remitir una comunicación sobre adquisición de una participación significativa en Bankinter, sociedad cotizada, en el momento de su constitución en marzo de 2007.

La CNMV considera (fundamento de derecho sexto de la resolución de 29 de junio de 2016) que la Fundación XYZ en aplicación del régimen jurídico establecido en el artículo 53 LMV y en el artículo 4 b) del RD 377/1991 venía obligada a comunicar a la CNMV -en cuanto entidad dominante de un grupo de sociedades- que de forma agregada poseía una participación significativa que representaba un 7,85% del capital social de Bankinter. Señala que esa actuación, que es la que constituye el objeto del procedimiento sancionador, resulta independiente del hecho de que la persona física por cuenta de quien la Fundación (actuando como persona interpuesta) ostentaba la participación significativa -don JB -, también viniera legalmente obligada a comunicar dicha participación, en su condición de titular último de la misma, y al no hacerlo haya sido objeto igualmente de un procedimiento sancionador por el que ha sido sancionado.

El recurrente cuestiona, por una parte, que haya existido una adquisición en marzo de 2007 y por otra, que la Fundación sea sujeto obligado a comunicar la adquisición y realiza las siguientes alegaciones:

1. Con ocasión de su constitución no se produjo una auténtica adquisición de las acciones de Bankinter, de las contempladas en la norma, sino que el paquete accionario del 7,85% de Bankinter fue traspasado desde el Trust (Swanley Corporation) a la Fundación por sucesión universal a la Fundación a través de la aportación de diversas sociedades tenedoras de dichas acciones. sin que se realizara ningún acto de disposición sobre las mismas. Es decir, que la tenencia de las acciones por parte de la Fundación no fue debido a una compraventa o adquisición ex novo, sino consecuencia de la transformación de la estructura jurídica del Trust a la de Fundación, con el objeto de dotar de mayor seguridad jurídica al patrimonio.

2. El artículo 53 LMV en la redacción vigente en marzo de 2007 establece con meridiana claridad que debe comunicar, bien quien adquiere por sí, o bien, en el caso de que se emplee una persona interpuesta, quien utiliza la persona interpuesta. En ningún caso se establece la obligación de comunicación por la propia persona interpuesta. En aplicación de los principios de legalidad y tipicidad, no debe considerarse aplicable la referencia del artículo 4 b) del Real Decreto 377/1991 respecto a la obligación de comunicación por la persona interpuesta. El principio de tipicidad admite un juego

limitado de las normas reglamentarias. Dentro de esos límites se incluye la exigencia de que las disposiciones reglamentarias no alteren la naturaleza o límites de las infracciones que la Ley contempla. En el presente caso parece evidente que el artículo 4 del Real Decreto 377/1991 ha alterado la naturaleza de la obligación y ha incorporado como sujeto obligado, en contra de la previsión legal, a la persona interpuesta.

3. El Real Decreto 1362/2007 que sustituye al Real Decreto 377/1991, no se incluye ninguna obligación de comunicación por la persona interpuesta, por lo que, en aplicación del principio de aplicación retroactiva de las normas más favorables, debe aplicarse el Real Decreto 1362/2007 y no el Real Decreto 377/1991.

4. Ni siquiera si la Fundación fuera el titular directo, nada tendría que haber comunicado, ya que en aplicación del principio de aplicación retroactiva de las normas más favorables previsto en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992, debe aplicarse el régimen previsto en el Real Decreto 1362/2007. Y es la propia resolución (pág. 21) la que señala que el RD 1362/2007, prevé que, en caso de grupos, a diferencia de lo previsto en RD 377/1991, donde estaba obligado a notificar tanto el titular directo de la participación significativa, como la persona o entidad que tuviera el control último del titular, el titular directo no debe notificar.

5. Aún en el caso de que se considere que la Fundación era la persona interpuesta de D. JB o el titular indirecto de las acciones Bankinter, ello no implicaría que tuviera los derechos de voto de las acciones de Bankinter. Los derechos de voto de las acciones Bankinter habrían correspondido en su caso a las sociedades tenedoras (que, a su vez, eran las titulares de las acciones Bankinter). Dichas sociedades tenían, a su vez, depositadas las acciones de Bankinter en custodios internacionales que, en última instancia, eran quienes ejercían el derecho de voto de acuerdo con los General Terms and Conditions. Se ha acreditado en el expediente que en dichas condiciones generales se preveía que las sociedades tenedoras no tenían derecho a ser informadas de la celebración de las juntas, por lo que difícilmente podrían haber ejercitado el derecho de voto o podría predicarse de las mismas que eran las titulares de los derechos de voto. Si las sociedades tenedoras no tenían derecho a ser informadas de las fechas en las que se celebraban las Juntas, mucho menos tenía tal derecho la Fundación. Si alguien no tiene derecho a conocer cuando se celebran las Juntas de una determinada sociedad, difícilmente puede considerarse que es titular de los derechos de voto. Es, por ende, a los bancos depositarios a quienes, en rigor, y como titulares registrales de las acciones a quien incumbía el cumplimiento de las obligaciones inherentes a la titularidad de los derechos de voto de las acciones, incluida la comunicación a la CNMV de las participaciones significativas.

6. La obligación de comunicación por persona interpuesta implica una violación del non bis in ídem material.

Se va a dar respuesta a estas alegaciones en los siguientes fundamentos de derecho.

DECIMO: Respecto a la existencia de una adquisición en marzo de 2007 el Real Decreto 377/1991 que desarrolla el artículo 53 LMV precisa en su artículo 2 lo siguiente:

“Se considerarán adquisiciones o transmisiones las que tengan lugar tanto por título de compraventa, como las que se produzcan en virtud de cualquier otro título oneroso o lucrativo, con independencia del modo en que se instrumenten”

Por lo tanto, con independencia del instrumento jurídico utilizado para el cambio de titularidad de las acciones, debe realizarse la comunicación. No puede la norma reglamentaria describir todas las figuras jurídicas a través de las cuales se puede realizar ese cambio de titularidad, precisamente en supuestos en que a través de un entramado jurídico se pretende ocultar una participación significativa del verdadero titular. La finalidad de la norma es la transparencia del mercado y por ello la fórmula utilizada es muy abierta y hace referencia a cualquier instrumento jurídico, y cualquier título que implique una adquisición o transmisión, hecho que se produce en este caso en que el 100% de las sociedades tenedoras de las acciones pasan a ser titularidad de la Fundación.

DECIMOPRIMERO: En cuanto a si la Fundación como persona jurídica dominante de un grupo de entidades, adquirente de un porcentaje significativo de la sociedad cotizada Bankinter y que lo hacía por cuenta ajena, es decir, como persona interpuesta de D. JB, tiene obligación de comunicar la adquisición de una participación significativa.

Para resolver esta alegación es necesario tener en cuenta la normativa aplicable en marzo de 2007. El artículo 53 de la LMV en la redacción vigente hasta el 12 de agosto de 2007 disponía que:

“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. Dichas entidades estarán obligadas a hacer pública dicha información en la forma que se establezca y con las salvedades previstas en el artículo 91. A fin de determinar la aplicación de dicha obligación, se considerará que pertenecen al adquirente o transmitente de las acciones todas aquellas que estén en poder del grupo, según la definición del mismo contenida en el artículo 4 de esta Ley, al que éste pertenezca o por cuenta del cual actúe”.

El desarrollo reglamentario del citado artículo venía determinado por el Real Decreto 377/1991 sobre comunicación de participaciones significativas en Sociedades cotizadas, vigente hasta el 19 de diciembre de 2007. Después de establecer en el artículo 1 la obligación de comunicar las adquisiciones o transmisiones de acciones de sociedades cotizadas a partir de un determinado porcentaje, en el artículo 4, bajo el epígrafe supuestos de comunicación y sujetos obligados señala:

“Las comunicaciones a que se refiere el artículo 1.º se efectuarán: a) En todo caso, por el adquirente o transmitente directo de las acciones que con su propia participación alcance o descienda de dichos porcentajes, ya se trate de una persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, ya adquiera, transmita o posea por cuenta propia o ajena. b) Por la Entidad, pública o privada, nacional o extranjera, dominante de un grupo de Entidades, en el

sentido del artículo 4.º de la Ley 24/1988, que, en conjunto, alcancen o desciendan de los referidos porcentajes.

c) Por la persona física, nacional o extranjera, que controle, en el sentido del artículo 4.º de la Ley 24/1988, una o varias Entidades, si sumando las participaciones de las que sea directamente titular y las de éstas, alcanza o desciende de los porcentajes señalados. d) Por la persona física o jurídica que, en supuestos distintos de los contemplados en las letras anteriores, haya adquirido o transmitido a través de una persona interpuesta alcanzando o descendiendo de los porcentajes citados”.

Considera la Sala que la expresión “Quien, por sí o por persona interpuesta” utilizada en el artículo 53 LMV en la redacción vigente en marzo de 2007 establece la obligación de comunicar de la persona interpuesta y del que adquiere a través de la persona interpuesta. Así, la expresión de que adquiere “por sí” es aplicable a la persona interpuesta (adquiere directamente y en nombre propio, pero lo hace por cuenta ajena) y la expresión “por persona interpuesta” establece la obligación de comunicar al titular material pero no formal por cuenta del que se adquiere la participación.

Por ello el artículo 4 del Real Decreto, que desarrolla el artículo 53, solo concreta las personas que deben comunicar. En este caso sería aplicable respecto de la Fundación, que es lo que se examina en este recurso, el artículo 4 b) que establece la obligación de comunicar por la Entidad, pública o privada, nacional o extranjera, dominante de un grupo de Entidades, en el sentido del artículo 4.º de la Ley 24/1988, que, en conjunto, alcancen o desciendan de los referidos porcentajes. Es aplicable este apartado dado que la Fundación XYZ, desde el 27 de marzo de 2007 pasó a ser la dominante de un grupo de sociedades que de forma agregada poseía una participación significativa que representaba un 7,85% del capital social de Bankinter. Así, consta que la estructura jurídica fiduciaria interpuesta por D. JB por cuenta de quien se tenían las acciones de Bankinter, vino formada a partir de marzo de 2007- por dicha Fundación de interés privado panameña y por sus sociedades participadas al 100%, también panameñas. Tarso. S.A., Calores Inter., Lipmany Penril Securities, propietarias, a su vez de las acciones de Bankinter. Así, fue hasta el 26 de julio de 2010 en que se acordó su disolución, con la distribución del patrimonio Fundacional a su primer beneficiario.

Por tanto, la obligación de comunicar la tenían tanto al Fundación XYZ, como D. JB, siendo las infracciones compatibles, en la medida que lo sujetos activos de la infracción eran ambos, pues ambos, D JB y la Fundación, XYZ estaban obligados a comunicar la participación significativa. La Fundación XYZ estaba sujeta a obligación de comunicación como persona jurídica dominante de un grupo de entidades adquirente de un porcentaje significativo de la sociedad cotizada y que lo hacía por cuenta ajena, es decir, como persona interpuesta de D. JB y D. JB como adquirente a través de una persona interpuesta.

El régimen de notificación de participaciones significativas se modifica a partir del 13 de agosto de 2007 con la entrada en vigor de la Ley 6/2007 que da una nueva redacción al artículo 53 LMV, donde el objeto o núcleo de las obligaciones del régimen de comunicación de participaciones significativas pasa a ser los derechos de voto y no tanto de las acciones, estando obligado a notificar “el accionista que directa o indirectamente adquiera o transmita acciones”. Los obligados a notificar se regulan de una forma más amplia al establecer en el apartado 2 del artículo 53 lo siguiente:

“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”.

En el reglamento de desarrollo (Real Decreto 1362/2007 que deroga el RD 1362/2007) se regula el régimen de información de participaciones significativas en el título II capítulo I (artículos 23 a 39). En cuanto al concepto de accionista se indica en el artículo 23:

“A los efectos de este Real Decreto se entenderá por accionista, toda persona física o jurídica que posea, directa o indirectamente a través de una entidad controlada: a) Acciones del emisor en nombre propio y por cuenta propia; b) Acciones del emisor en nombre propio, pero por cuenta de otra persona física o jurídica c) Certificados de depósito, en cuyo caso el tenedor de dichos certificados de depósito será el titular de las acciones subyacentes representadas por los certificados de depósitos.”

Por otra parte el artículo 24 regula la notificación de la adquisición, transmisión o ejercicio de derechos de voto por otros sujetos obligados distintos del accionista y el artículo 25 referido a los sujetos obligados a notificar en el caso de grupos señala lo siguiente en el apartado 1:

“En los supuestos de grupos de entidades definidos en el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores, no será necesaria la notificación de las entidades que, formando parte del mismo, sean sujetos obligados conforme a los artículos 23, 24 y 26, siempre que las notificaciones sean realizadas por la entidad o persona dominante”.

En este caso, por tanto, teniendo en cuenta esta normativa también estaba obligada a notificar la Fundación, como persona jurídica dominante de un grupo de sociedades titulares de una participación significativa de acciones de Bankinter, siendo todo ese entramado jurídico controlado por JB, titular material de ese paquete accionario. Si bien la Fundación no era la que figuraba como titular de las acciones, era la persona jurídica - como último eslabón de la cadena del entramado societario formado por sociedades tenedoras de las acciones domiciliadas también en Panamá, que tenían a su vez depositadas las acciones de Bankinter en custodios internacionales sitios en Suiza- a través de la cual D. JB controlaba los derechos de voto.

No resulta aplicable la excepción de notificación en caso de grupos prevista en el artículo 25.1 del Real Decreto 1362/2007, dado que parte de la premisa de que se haya realizado alguna notificación de la participación significativa por parte de alguno de los obligados a realizarla y en este caso, que no se ha realizado ninguna notificación de participaciones significativas desde marzo de 2007 hasta julio de 2010, por lo que ni siquiera es necesario analizar si se dan los presupuestos establecidos en el mismo.

DECIMOSEGUNDO: En cuanto a la vulneración del principio non bis in ídem.

No existe ninguna vulneración del principio non bis in ídem dado que, como señala la resolución recurrida, la sanción que se impone en este procedimiento a la Fundación XYZ, viene determinada por el incumplimiento por dicha entidad de obligaciones que le son propias y en las que ninguna incidencia puede tener el hecho de que otra persona,

en relación con los mismos hechos, pero incumpliendo una obligación también propia y distinta de la de la Fundación, haya sido sancionada. La Fundación XYZ, en aplicación del régimen jurídico establecido en el artículo 53 LMV y en los RD 377/1991 y 1362/2007, venía obligada a comunicar a la CNMV- en cuanto entidad dominante de un grupo de sociedades que de forma agregada poseyera una participación significativa que representaba un 7,85% del capital social de Bankinter- tanto la adquisición de dicha participación, como la transmisión posterior de la misma, comunicaciones que en ningún momento procedieron a realizar.

DECIMOTERCERO: En cuanto a que el obligado a comunicar no era la Fundación sino los bancos depositarios.

No correspondía a los bancos depositarios el cumplimiento de comunicación de participaciones significativas. Efectivamente, consta que desde marzo de 2007 y a efectos del registro de Iberclear, la titularidad de las acciones representativas del 7,85% de Bankinter lo tenían cuatro custodios internacionales. con un porcentaje inferior cada uno de ellos al 3% (2,33% Credit Suisse, 1,64% JP Morgan, 1,68% Lombard Odier y 2,20% Ubs) que eran, a efectos del registro de Iberclear, titulares de las acciones. De acuerdo con el Real Decreto 377/1991 los custodios por el hecho de ser titulares en el registro de iberclear eran sujetos obligados a notificar siempre que la participación alcanzase o superase el 5% de la sociedad cotizada y

el 1% si estaban domiciliadas en un paraíso fiscal. En este caso, la titularidad de las acciones en el registro de iberclear estaba a nombre de cuatro custodios domiciliados en Suiza, país que no tiene la consideración de paraíso fiscal y la participación estaba fraccionada de tal forma que ninguno de los custodios individualmente superaba el 2,5% de las acciones de Bankinter, por lo que no superaban el umbral mínimo sujeto a declaración.

Con la entrada en vigor del Real Decreto 1362/2007 los custodios estaban exentos de la obligación de notificar participaciones significativas, con independencia del porcentaje que posean siempre que: (i) actúen en su condición de intermediarios financieros que presten el servicio de administración y custodia de valores y (ii) solo pueden ejercer los derechos de voto con instrucciones recibidas de los beneficiarios finales de las acciones. En este caso se daba este supuesto, ya que aun cuando fuera cierto que durante los años 2007 al 2010 no se dieron instrucciones concretas de voto por parte de JB, en realidad suponía ya el ejercicio de una opción, dado que, según los General Terms and Conditions, los custodios, salvo instrucciones, votaban a favor de las propuestas del Consejo de administración de Bankinter. Por tanto las instrucciones que siguieron, dado que no se dieron instrucciones concretas, eran las de votar a favor de las propuestas del Consejo de Administración de Bankinter en el que su sociedad controlada Cartival tenía la condición de accionista preferente con una participación en el periodo 2007 a 2010 del 15%, (en 2006 con una participación de 16,41%, de 15,89 % en 2007, 15,79% en 2008, 16,02% en 2009) y además tenía Cartival en ese período el cargo de Vicepresidente y uno de sus hijos era su representante. Todas esas posiciones accionariales declaradas de D. JB del 15,89% a través de su sociedad controlada Cartival no incluían el 7,85% heredado de su padre que no fue declarado hasta julio de 2020, por lo que en realidad tenía un porcentaje de accionista significativo del 23%, cuando según el registro de

participaciones significativas, era solo del 15,89%, dando, por tanto, una información errónea al mercado.

Ya en la sentencia de esta Sala de 11 de enero de 2018 (recurso 1/2016) en la que se examinó la conformidad a derecho de la orden de 7 de julio de 2015 por la que se impone la sanción a D. JB, se indicaba que ese control de los derechos de voto se realizaba a través de la Fundación, siendo las sociedades tenedoras panameñas y los Bancos depositarios en Suiza meros instrumentos del artificio societario creado, controlando D. JB, titular material del significativo paquete accionario, todo ese entramado y en concreto los derechos de voto a través de la entidad dominante de ese artificio societario. Así se indicaba:

"la obligación cuyo incumplimiento se sanciona no puede llevarse ni a los Bancos depositarios en Suiza ni a las sociedades custodias panameñas, meros instrumentos en el artificio societario creado (en esta línea el art. 33 del Real Decreto 1362/2007, excepciona de la obligación de notificar participaciones significativas " 2. A los que posean acciones en su condición de intermediarios financieros que presten el servicio de administración y custodia de valores, siempre que sólo puedan ejercer los derechos de voto inherentes a dichas acciones con instrucciones formuladas, por escrito o por medios electrónicos ").

Recordemos que en los escritos recibidos de XYZ Heritage Corporate Services, LTD, en su condición de administrador único de la Fundación XYZ, se hacía constar, en relación al ejercicio de los derechos de voto, que éstos (los bancos custodios) actuaban de acuerdo con los " General Terms and Conditions", (votar a favor de las propuestas del Consejo de Administración del Banco o delegar el voto con carácter general en el Presidente del Consejo de Administración) y precisamente la remisión a estos términos generales suponía, de inicio, una discrecionalidad, una opción, en el cómo y por quién se iban a ejercer los derechos de voto de ese paquete accionario del 7,85% de Bankinter, que podía haber sido cambiada en cualquier momento por el primer beneficiario: D.JB".

Por todo ello, en lo que se conoce como levantamiento del velo, el trust y la Fundación no son nada más que creaciones artificiosas de ingeniería financiera, pantallas tras las que se esconde el verdadero titular de un significativo paquete accionario de una entidad bancaria española"

DECIMOCUARTO: En relación con la segunda comunicación en julio de 2010, (disolución de la Fundación y traspaso de las acciones de Bankinter, S.A al primer beneficiario D. JB).

La CNMV en el fundamento de derecho quinto reproduce el artículo 53 LMV en su redacción vigente en julio de 2010 (redacción dada por la Ley 6/2007) hace mención al Real Decreto 1362/2007 de 19 de octubre que deroga expresamente el RD 377/1991 y el régimen que establece dicho Real Decreto de notificación de porcentajes de votos significativos, computo de los derechos de voto y notificaciones en caso de grupo. En el fundamento de derecho sexto señala:

"Del mismo modo y de acuerdo con la normativa en vigor en julio de 2010, debió notificar la transmisión de la participación en Bankinter",

La parte recurrente alega en el escrito de demanda que el 30 de julio de 2010, tal y como se reconoce por la CNMV, se informó a la CNMV y al mercado de la disolución de la

Fundación y del traspaso de las acciones de Bankinter, S.A. y que en esa misma fecha se remitió un Hecho Relevante para informar sobre la adquisición de las acciones como consecuencia de la disolución de la Fundación y también se realizaron las comunicaciones de participaciones significativas por parte de Cartival y D. JB.

Entiende el recurrente que las comunicaciones y notificaciones referidas, aunque no realizadas formalmente por la Fundación, eran suficientes en relación con la información al mercado y a la CNMV de la transmisión de la participación de la Fundación. Es absolutamente arbitrario que, por una parte, se considere a la Fundación como una mera realidad formal, como un mero instrumento de D. JB, y ello con la finalidad de justificar la imposición de una doble sanción (a D. JB y a la Fundación) y, por otra parte, considerar que la comunicación que realizó D. JB en la que se informaba al mercado de la transmisión de las acciones por parte de la Fundación a D. JB, no tiene ninguna virtualidad respecto a la Fundación y debe considerarse como no realizada a los efectos de la imposición de la sanción.

Nos remitimos a lo señalado en los fundamentos de derecho anteriores, donde indicábamos que la sanción que se impone en este procedimiento a la Fundación XYZ, viene determinada por el incumplimiento por dicha entidad de obligaciones que le son propias, y en las que ninguna incidencia puede tener el hecho de que otra persona, en relación con los mismos hechos, haya incumplido una obligación también propia y distinta de la de la Fundación.

Por otra parte hay que tener en cuenta que en el hecho relevante de 30 de julio de 2010 se indicó que Cartival SA ha recibido acciones representativas del 7,85% de los derechos de voto de la cotizada Bankinter SA como consecuencia de la disolución de una fundación familiar, pero esa Fundación no fue identificada en ese hecho relevante, sino que solo fue identificada posteriormente tras un requerimiento de información a D. JB de la CNMV de 14 de septiembre de 2010, en el que solicita se identificara a la Fundación que según hecho relevante fue titular de las 37.209.772 acciones representativas del 7,85% de Bankinter hasta el 30 de julio de 2010. Además, en ese hecho relevante tampoco se informa que esa Fundación desde el año 2007 era la entidad dominante de un grupo de sociedades, que controlaba con unos derechos de voto del 7,85% de acciones de Bankinter.

DECIMOQUINTO: En cuanto a la vulneración del principio de culpabilidad. El recurrente señala que, aun en el supuesto de que se considerara que la Fundación debería haber comunicado la participación en Bankinter, lo cierto es que lo que no puede negarse es que se ha acreditado que no existió negligencia grave o ánimo de ocultación en la actuación de la Fundación y que sus administradores habrían actuado en base a una interpretación razonable de la norma y ello por lo siguiente:

1. La Fundación recibió del trust las acciones de las sociedades tenedoras de las acciones Bankinter por sucesión universal no realizándose ningún acto de disposición sobre las mismas, como se ha reconocido por la CNMV.

2. En la medida en que la Directiva 2004/109/CE se remitía en materia de participaciones significativas, a los derechos de voto, y que por parte de la Fundación no existía ningún control efectivo sobre las acciones Bankinter se consideró que, teniendo en cuenta que dichos derechos de voto eran ejercidos, en su caso, por los custodios internacionales, no

existía ninguna obligación de comunicar, correspondiendo comunicar a esas entidades depositarias

3. La resolución sitúa la culpabilidad en la existencia de un patrimonio con un origen familiar común y en este caso ha quedado acreditado que la afección al patrimonio común se constituyó en 1993 y en ningún caso en el año 2007.

Lo primero que hay que indicar es que la resolución de la CNMV no sitúa la culpabilidad en la existencia de un patrimonio común, sino, tal como se recoge en el fundamento de derecho sexto, en la existencia de negligencia grave atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada (se refería al 7,85% de Bankinter), y al hecho de que no es que no se comunicara con demora sino que no se comunicara nunca y además, por la existencia de ánimo o interés de ocultación, dado que esa participación accionarial se mantuvo oculta al mercado y a la CNMV imposibilitando conocer la identidad del verdadero titular, utilizando para ello una estructura opaca formada por la Fundación constituida en Panamá que a su vez era titular de cuatro sociedades panameñas tenedoras de las acciones, depositadas en cuatro depositarios en Suiza.

En sus alegaciones parece querer hacer referencia a la inexistencia de responsabilidad, dado que su conducta se basa en una interpretación razonable de la norma y que esas alegaciones se realizan para argumentar la falta de culpabilidad, es en ese contexto en donde se van a analizar las mismas.

La Jurisprudencia exige una serie de requisitos para que la exoneración de responsabilidad pueda ser apreciada por la existencia de una interpretación razonable de la norma, señalando que no bastan las alegaciones de parte de existencia de dudas de forma subjetiva, sino que es necesario acreditar una constatación objetiva de que la dificultad existe derivada de que la norma admite diversas interpretaciones y todas razonables.

1. Respecto a la existencia de un acto a comunicar, ya se ha razonado que no es la CNMV sino el artículo 2 del Real Decreto 377/1991 que desarrolla el artículo 53 LMV, el que define el concepto de adquisición a efectos de comunicación de participación significativa en términos tan amplios que abarca cualquier título y modo en que se instrumente la adquisición, abarcando la operación aquí realizada. No ofrece la norma dificultades de interpretación, sino que de la misma se deduce que se quiere dar una interpretación amplia del concepto.

2. No resulta coherente que afirme ahora que entendía que eran las entidades bancarias y no ella, las que estaban obligadas a notificar, dado que creó de forma voluntaria un complejo societario para que esas entidades domiciliadas en Suiza no estuvieran obligadas a notificar. Precisamente lo que consta es que al final de la cadena de esta estructura opaca controlada por D. JB y de la que la Fundación era entidad dominante estaban cuatro entidades sitas en Suiza que eran depositarias de las acciones, distribuyéndose entre ellas esa participación de acciones de Bankinter de forma que ninguna alcanzara el porcentaje de votos suficiente para tener que realizar una comunicación. Como no estaban en un paraíso fiscal el umbral no se situaba en el 1% sino en el 3% de porcentaje de derecho de voto y ninguna de ellas tenía un porcentaje superior al 2, 5%. Precisamente la creación de esta estructura societaria, denota el conocimiento de la normativa aplicable y el intento de ocultar esa participación

significativa de D. JB a través de ese entramado societario en el que la Fundación era la sociedad dominante y suponía un control de los derechos de voto de D. JB de un 7,85% más del que tenía declarado a través de su sociedad controlada Cartival en el registro de participaciones significativas, lo que elevaba su participación de acciones significativas a 23%.

Por tanto, consta acreditado el ánimo subjetivo de culpabilidad en el comportamiento de la Fundación como entidad dominante de esa trama societaria que actuaba como persona interpuesta de D. JB.

DECIMOSEXTO: En cuanto al principio de proporcionalidad y la graduación de la sanción. El importe máximo de la multa que podía haberse impuesto a la sociedad era de 600.000 euros atendiendo a las reglas de cálculo establecidas respectivamente en el artículo 102 a) LMV. La resolución recurrida acordó imponer a la Fundación una multa de 200.000 euros. Para ello se tienen en cuenta dos circunstancias:

1. El hecho de no haber sido la entidad anteriormente sancionada por vulneración de normas de ordenación y disciplina de mercado de valores.
2. El carácter doloso de la infracción, derivado del ánimo de ocultación que acompañó al incumplimiento en su condición de persona interpuesta dentro de la compleja estructura fiduciaria a que se ha hecho referencia.

La parte recurrente realiza las siguientes alegaciones:

1. La resolución no tiene en cuenta que el tipo infractor exige la existencia de un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación realizada y a la demora en que se hubiese incurrido. Por lo tanto, en todos aquellos casos en los que se ha sancionado por la infracción del art. 53 de la LMV han concurrido dichos elementos, lo que, al margen de las circunstancias particulares de cada caso, hace especialmente desproporcionado, que se haya sancionado a mi representado con una sanción cuantitativamente muy superior a las impuestas en casos similares.
2. Se valora en la resolución como agravante el carácter doloso de la conducta lo que resulta técnicamente criticable puesto que el supuesto carácter doloso no puede valorarse para agravar el reproche disciplinario, cuando ese dolo ("intención") es un elemento del tipo infractor, es decir, coincide con el fundamento mismo de la imposición de la sanción por infracción muy grave frente a la grave, de forma que la sanción impuesta duplica el factor agravante del supuesto dolo que ya aparece incorporado al tipo infractor.
3. El carácter doloso solo cabría predicarlo de la persona que utiliza a la persona interpuesta o quien controla al titular directo, es decir, aquel que presuntamente habría diseñado y organizado una estructura dirigida a ocultar la participación.
4. Debe aplicarse a la Fundación la atenuante prevista en el art. 106 ter, apartado, h), de la LMV: "h) La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la misma haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados". Insisten en que la CNMV conoció los hechos imputados previa comunicación del beneficiario de la Fundación. Además, la transparencia y colaboración mostradas por la Fundación y su administrador en el seno del expediente sancionador se

reflejan en sus contestaciones con números de registro 2010/131056, 2011/54722, 2011/033401, 2011/084966 y 2011/049861, mencionadas en la Orden Ministerial (folio 2871).

5. Aun admitiendo que la Fundación tuvo que realizar alguna comunicación, lo que niegan, la misma debería haberse referido únicamente a su participación y no habría sustituido en ningún caso a la que presuntamente debió realizar D. JB , por lo que no puede imputarse a la Fundación el desconocimiento por el mercado del que, según la Resolución, sería el titular real de las acciones.

Estas alegaciones no pueden ser estimadas por lo siguiente:

1. Hace referencia, en primer lugar, a que la sanción es cuantitativamente muy superior a las impuestas en casos similares, desconociendo esta Sala a qué casos similares se refiere dado que no se aporta término de comparación.

2. Es cierto que la presencia de ánimo de ocultación ha conllevado la calificación de su conducta como infracción muy grave del artículo 99 p) de la LMV, pero también lo es que este tipo contempla su posible comisión tanto a título de dolo, como de negligencia grave. Por lo tanto, una correcta aplicación del principio de proporcionalidad exige discernir, a la hora de imponer las sanciones que correspondan y su grado, entre conductas dolosas y conductas negligentes. En este caso se ha considerado que existe dolo, valorándose la compleja y opaca estructura societaria creada además en un paraíso fiscal para ocultar una participación tan significativa del verdadero y único titular que era el que efectivamente la controlaba.

3. Es cierto que fue D. JB el que como persona física usó a la Fundación como persona interpuesta para ocultar su participación accionarial en Bankinter, pero ello no exime de responsabilidad a la Fundación, que tenía una obligación propia de comunicar esa participación significativa como entidad dominante de ese entramado societario, debiendo informar no solo de esa participación significativa sino también informar por cuenta de quién se efectuaba esa adquisición, en el caso de que se efectuara por cuenta de otro, tal como establecía el artículo 8 del Real Decreto 377/1991.

4. No se puede aplicar la atenuante de colaboración de la Fundación con la CNMV, ya que las comunicaciones que ha realizado a la CNMV han sido como consecuencia de requerimientos de información, una vez comunicado el hecho relevante de 30 de julio de 2010, en que Cartival y JB informaron de que, debido a la disolución de una Fundación acordada el 26 de julio de 2010, Cartival, sociedad controlada por D. JB, había adquirido un 7,85% adicional de Bankinter. Ni siquiera en ese hecho relevante de 30 de julio de 2010 se indicó el nombre de la Fundación, sino que solo fue identificada tras un requerimiento de la CNMV de información a D. JB de 14 de septiembre de 2010 y a partir de ahí se realizaron requerimientos a la Fundación para el esclarecimiento del entramado societario. Por otra parte, la resolución recurrida para calificar a la Fundación como persona interpuesta se ha basado en los hechos que resultan del proceso penal, dado que en ningún momento la Fundación en los requerimientos realizados ha reconocido que era una sociedad controlada por D. JB.

5. Pretende se le aplique la atenuante de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa que se ha aplicado en la sentencia de 11 de enero de

2018 (recurso 1/2016) interpuesto por D. JB. En este caso no se puede ni siquiera valorar la aplicación de esta circunstancia dado que la Fundación no ha comunicado nada, ni la adquisición ni la posterior transmisión con ocasión de su disolución, a la que estaba obligada como entidad dominante de ese entramado societario. Es más, la propia sentencia de 11 de enero de 2018 cuestiona que fuera tan espontánea la actuación de D. JB teniendo en cuenta que dos meses antes de que se comunicara la existencia de esa participación significativa, las autoridades fiscales francesas le suministraron a la Agencia Tributaria española información sobre clientes con domicilio en España de la entidad HSB PRIVATE BANK SUISSE entre los que se encontraban D. E y D. JB. A raíz de esta información, el 21 de junio de 2010, la Agencia Estatal de Administración Tributaria requirió a D. EB y el 27 de julio, D. JB presentó las oportunas declaraciones complementarias a los Impuestos de Renta y Sociedades, y fue tres días después cuando se remitió ese hecho relevante.

6. La comunicación de la Fundación no habría sustituido en ningún caso a la que debió realizar D. JB. Como hemos señalado tenía una obligación propia de comunicar esa participación significativa como entidad dominante de ese entramado societario, debiendo informar no solo de esa participación significativa sino también informar por cuenta de quién se efectuaba esa adquisición, tal como establecía el artículo 8 del Real Decreto 377/1991. Por lo tanto, le era imputable que con su conducta impidiera el conocimiento por la CNMV y el mercado de su condición de titular interpuesto de las acciones de Bankinter por cuenta de D. JB.

DECIMOSEPTIMO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso, acordando imponer las costas a la parte actora.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **XYZ HERITAGE FOUNDATION** contra la resolución del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de 7 de septiembre de 2017, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de junio de 2016. Las costas se imponen a la parte actora.

La presente 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.