

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 31 DE MAYO DE 2018**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº.:** 119/2017  
**Ponente:** D.ª Isabel García García-Blanco  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 12 de diciembre de 2016 que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV del 17 de febrero de 2016.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a treinta y uno de mayo de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 119/2017**, se tramita a instancia de **BBVA ASSET MANAGEMENT, S.A. S.G.I.I.C.**, representado por la Procuradora Dña. AOC, y asistido por el Letrado D. JGR, contra Resolución de 12-12-2016 dictada por el Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 17-2-2016, dictada en expediente sancionador incoado a GUESINVER SICAV, S.A. y BBVA ASSET MANAGEMENT, S.A. S.G.I.I.C. por infracción grave de la Ley del Mercado de Valores y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** La parte indicada interpuso en fecha 15/2/2017 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, tenga por formulada demanda en el recurso 119/2017 y, tras los trámites preceptivos, dicte en su día sentencia en la que declare la nulidad de la Resolución de 12 de diciembre de 2016, del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, así como de la Resolución sancionadora de la CNMV, de 17 de febrero de 2016, confirmada en alzada por la primera".

**2.-** De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda, y tras los trámites oportunos, dicte sentencia desestimando el mismo y declarando la conformidad a Derecho de la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte actora".

**3.-** Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 25 de abril de 2018 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 29 de mayo de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

**4.-** En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D.<sup>ª</sup> Isabel García García-Blanco.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**1.-** En el presente recurso se impugna la resolución de 12-12-2016 dictada por el Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la a la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 17-2-2016, dictada en expediente sancionador incoado a GUESINVER SICAV, S.A. y BBVA ASSET MANAGEMENT, S.A. S.G.I.I.C. por infracción grave de la Ley del Mercado de Valores y que acuerda:

*“Imponer a GUESINVER, S.I.CA.V. S.A. por la comisión de una infracción tipificada como leve en el artículo 101.2 a), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, por haber cumplido con retraso los deberes de información a la CNMV en relación con la comunicación de participaciones significativas sobre acciones de la sociedad cotizada Minerales y Productos Derivados, S.A, en su condición de accionista significativo de ésta, MULTA de 9.000 € (NUEVE MIL EUROS).*

*Imponer a BBVA ASSET MANAGEMENT, S.G.I.I.C. S.A. por la comisión de **una infracción tipificada como muy grave en el artículo 99, p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, por haber cumplido con retraso los deberes de información a la CNMV en relación con la comunicación de participaciones significativas sobre acciones de la sociedad cotizada Minerales y Productos Derivados, SA, en su condición de sociedad gestora de GUESINVER, SICAV, S.A., MULTA de 70.000 € (SETENTA MIL EUROS)**”.*

Los hechos probados se centran en que BBVA AM no realizó ninguna comunicación en su propio nombre a la CNMV en el plazo legalmente marcado para ello, en su condición de gestora de GUESINVER, relativa a la participación significativa que correspondía a los derechos de voto de las acciones de MINERSA que eran titularidad de GUESINVER y que se encontraban delegados a su favor como Gestora, manteniéndose en esta omisión hasta 6-3-2014.

### **2.- Prescripción de la infracción.**

**El art. 53 de la LMV 24/1988** (actual artículo 125 del TRLMV) configura la obligación cuyo incumplimiento se sanciona en los siguientes términos:

*“1. El accionista que, directa o indirectamente, adquiera o transmita acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen, en los términos que se establezcan reglamentariamente, cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en cualquier otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, y que atribuyan derechos de voto, y como resultado de dichas operaciones, la proporción de derechos de voto que quede en su poder alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes que se establezcan, deberá notificar al emisor y a la Comisión*

*Nacional del Mercado de Valores, en las condiciones que se señalen, la proporción de derechos de voto resultante.*

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

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

*3. Igualmente se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran el derecho incondicional o la facultad discrecional a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto o instrumentos financieros que estén referenciados a acciones que atribuyan derechos de voto y tengan un efecto económico similar a los valores e instrumentos financieros anteriormente mencionados, independientemente de si dan derecho o no a liquidación mediante entrega física de los valores subyacentes, en los términos y con el desglose que se determinen reglamentariamente.*

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

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

*Los directivos del emisor estarán obligados a notificar aquellas operaciones a las que se refiere el art. 83.bis.4 de esta Ley.*

*6. El emisor deberá hacer pública y difundir la información a que se refieren los apartados anteriores.*

*7. Reglamentariamente se determinarán la forma, plazo y demás condiciones para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo así como, en su caso, los supuestos excepcionados del cumplimiento de estas obligaciones.*

8. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los partícipes y accionistas en fondos y sociedades de inversión colectiva de capital variable a que se refiere la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva".

El **art. 101 bis de la LMV**, párrafo segundo dispone que:

*"El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción hubiera sido cometido. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume".*

El TS en su sentencia de 23-10-2015 (Recurso Núm.: 384/2013) recoge claramente la doctrina legal y jurisprudencial al respecto de las llamadas infracciones permanentes en las que:

*"(...) el infractor lleva a cabo una sola acción punible, pero dicha acción se caracteriza por su prolongación en el tiempo, de manera que la consumación de la infracción se inicia en el momento en el que el infractor lleva a cabo la acción típica, pero lo que pudiera denominarse el periodo de consumación no se detiene ahí sino que subsiste a partir de ese periodo inicial hasta que el infractor pone término a la conducta típica constitutiva de la infracción, de forma que la consumación de delito se perpetúa hasta que la conducta finaliza. Se ha dicho, por eso, que en las infracciones permanentes, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, manteniéndose así la situación antijurídica hasta que el infractor le pone término. Pues bien, la regla general sobre la prescripción de las infracciones continuadas y las permanentes es la que se obtiene a partir del artículo 132 del Código Penal, que, establece que en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, los plazos de prescripción se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta".*

En cuanto a sí la omisión del deber de comunicación de participaciones significativas es o no una infracción de carácter permanente, habrá de verse si nos encontramos ante un deber prolongado en el tiempo o por el contrario es una obligación que se agota en sí misma una vez transcurridos los plazos legalmente previstos para tal comunicación por el RD 1362/2007 y a tal efecto la Sala comparte plenamente el criterio expuesto en la resolución recurrida, criterio que se impone por la lógica de finalidad buscada por la obligación sancionada legalmente, que se construye para lograr la transparencia del mercado que descansa en la transmisión al mismo de una información completa y fidedigna en aras a que el inversor pueda construir libremente sus decisiones de operativa en el mercado:

*"Desde luego, no es posible del tenor literal del precepto a lo largo de sus redacciones sucesivamente en vigor deducir el agotamiento de la obligación una vez superado el dies ad quem. En este sentido, aunque podría argumentarse que las referencias a la adquisición o transmisión de acciones, contenidas en el artículo 53 de la LMV, comporta un elemento dinámico del que pudiera deducirse una obligación instantánea, un análisis más detallado conduce de inmediato a una conclusión contraria. Por de pronto, porque el*

*tenor literal del artículo 53 se inclina en otros momentos a la titularidad o posesión de las participaciones significativas, lo que conlleva evidentemente un principio de permanencia temporal. Así sucede cuando el artículo 53.3 se refiere "a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran derecho a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto" o cuando en el apartado 4 se añade que "Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores también serán de aplicación cuando le produzca la admisión a negociación por primera vez en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en lo Unión Europea de las acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen". Es palmario que en este caso no existe necesariamente adquisición de acciones, pero sí obligación de comunicar, por lo que no cabe situar en la adquisición el centro de interés del legislador, sino en la transparencia de la titularidad efectiva de los porcentajes de voto significativos, que, lógicamente, pueden variar por encima o debajo de determinados umbrales como consecuencia de su transmisión".*

El criterio de la recurrente conduce al absurdo de que toda obligación legal que se construye positivamente con base a una obligación de hacer y que tiene marcado un plazo de realización para no incurrir en su incumplimiento deriva en obligación inexistente superado dicho plazo. En el caso de autos estamos ante una actuación relevante desde el punto de vista sancionador sobre la base de un no hacer lo debido, de una omisión pura y simple, caracterizada a efectos sancionadores por: a) una situación típica; b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y c) capacidad de realizarla.

Esta omisión da lugar a una infracción permanente, mientras se mantiene la inacción, y en cuanto a los delitos permanentes ya el Tribunal Supremo establece (Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-5-1999, nº 687/1999, rec. 924/1998) que la fecha de comienzo de la prescripción es la de finalización de la conducta típica y no el de su comienzo y, en el caso de autos, hemos de concluir que solo cesa la conducta típica cuando se cesa en la omisión sancionable. El artículo 132 del Código Penal establece que, en los delitos permanentes, comienza la prescripción "*desde que se eliminó la situación ilícita*". Por tanto en esta omisión pura, al persistir la situación antijurídica, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación lesiva para los bienes jurídicos protegidos.

Esta cuestión ya ha sido resuelta por la Sala en su sentencia de fecha 9-1-2018 (rec 1/2016) con base a los siguientes argumentos:

*«La cuestión viene limitada a si estamos ante una infracción de carácter continuado (posición de la Administración) o instantánea (posición recursiva) ya que no es objeto de cuestión el plazo de prescripción (5 años ex art. 101 bis de la LMV).*

*El recurrente argumenta en su demanda la existencia de un criterio inveterado de la CNMV y de una primera propuesta de resolución de 14-3-2013 en la que se propuso el archivo de las actuaciones por prescripción, criterio en favor de una infracción instantánea o de tracto único y no una infracción continuada o de tracto sucesivo:*

(...)

*La existencia de un criterio previo y reiterado de la CNMV en favor de considerar estas obligaciones como de tracto único con la consecuencia que ello pudiera resultar para la prescripción es un hecho asumido de contrario sin que se haya pretendido ocultar en su existencia y alcance (pág. 76 y 77 de la resolución sancionadora):*

*“Debe recordarse que la apertura del periodo de prueba se acordó a solicitud de la representación del expedientado, en los mismos términos en los que fue solicitada y ello, a pesar de que podría hasta cuestionarse su pertinencia pues los propios instructores daban por hecha la existencia del precedente en los términos en los que se alegaba por la representación de D. J. En todo caso, la prueba se practicó tal y como fue solicitada. En la misma se revisaron todos los expedientes sancionadores que se habían incoado por la infracción del artículo 99 p) en relación con la obligación de comunicación del artículo 53 de la LMV, comprobándose que de 69 expedientes sancionadores -no todos con resoluciones sancionadoras- sólo en cuatro de ellos se trató la prescripción en los términos de entender la obligación o la infracción como de tracto único. Este hecho es el que permite afirmar el tratamiento poco frecuente (de un total de 69 expedientes, únicamente en 4 se trata la cuestión) aunque constante: en los cuatro el tratamiento es idéntico.*

*Pero abundando más, la representación del Sr. B explica cuál es la forma de actuar que debería haberse seguido para que la actuación de la CNMV no fuera de mala fe, para ello, se dice, se debería haber aportado al expediente no sólo las resoluciones recaídas sino y también y especialmente todas aquellas propuestas de resolución en expedientes sancionadores por aplicación de la misma normativa que se pronunciaron en favor de la prescripción de la infracción y, por ende, de la no imposición de la infracción.*

*Pues bien, eso es justamente lo que se ha hecho, y es que se ha aportado al expediente todas las resoluciones y las propuestas de resolución que, en aplicación de la misma normativa (el artículo 99 p) en relación con el 53 de la LMV), se pronunciaban en favor de la infracción, tal y como se había solicitado por la representación del expedientado. En los mismos términos. No se han encontrado otras propuestas de resolución de expedientes sancionadores que contengan tratamiento de la prescripción, porque si hubiera sido así, se hubieran aportado.*

*No obstante, pudiera intuirse, a pesar de lo poco riguroso del planteamiento expresado, que podría referirse al matiz con el que comienza el argumento que se contesta y que concluía con la opinión sobre la mala fe en la actuación de la CNMV; recordemos: la incoación de expedientes sancionadores exige la aportación de informes previos de los servicios técnicos de la CNMV que se pronuncien a favor de la existencia de una posible infracción de lo normativa, por lo que todas aquellos incumplimientos que se hubieran considerado prescritos, de acuerdo con el criterio que se mantenía entonces, nunca dieron lugar a expedientes sancionadores.*

*En fin, en la propia afirmación esta la contestación, si no existen informes previos de los servicios técnicos no ha lugar a la incoación de expedientes sancionadores, por lo que*

*solicitar Propuestas de Resolución sobre expedientes sancionadores que no existieron resulta imposible.*

*Es evidente que no puede calificarse la actuación seguida en el presente expediente como una actuación no guiado por la buena fe cuando se admite y acuerdo la práctica de una prueba en los estrictos términos en los que fue solicitada y ello a pesar de haberse reconocido por la Administración la existencia del precedente invocado en los términos en los que se había invocado y que la actuación que se exija sea una actuación del todo imposible, aportar propuestas de resolución en expedientes sancionadores que nunca llegaron o incoarse"».*

La resolución sancionadora en su FJ 5 a 7 desarrolla la calificación de la infracción como permanente en relación con la concreta tipificación de los hechos y el bien jurídico protegido, criterios en los que reincide la resolución en reposición en su FJ 5 A).

Concretamente, la Orden sancionadora recogía la siguiente argumentación:

*"En efecto, la obligación de comunicación de participaciones significativas del art. 53 de la LMV y la infracción que comporta su omisión son permanentes y no de tracto único o instantáneo. Sirva a la presente afirmación la argumentación que sirve de motivación al Acuerdo del Consejo de la CNMV para formular la Propuesta de Resolución de 29 de julio de 2013, que hacemos nuestra en su integridad en lo que hace a la calificación de la infracción como permanente. Así:*

*La regla general sobre el inicio del cómputo de la prescripción aparece establecida en el art. 132.2 de la Ley 30/1992, conforme al cual, "El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido". Ahora bien, aunque no se contiene mención alguna a las infracciones permanentes o continuadas, este precepto permite que sí lo haga la normativa sectorial, ya que comienza diciendo que "Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan". Habrá de ser, pues, el derecho administrativo especial el que así lo disponga de estimarse oportuno. En el caso específico de la CNMV resulta de aplicación el art. 101 bis de la LMV, cuyo segundo párrafo dispone que "El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción hubiera sido cometida. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume".*

*El segundo inciso del art. 101 bis transcrito introduce una matización que es, no obstante, reconocida con toda frecuencia en el derecho sancionador y que, en definitiva, trata de salvaguardar un principio sentado desde hace tiempo por nuestra jurisprudencia, como es que "la prescripción es una institución para salvaguardar la seguridad jurídica pero nunca para proteger conductas contrarias a la Ley" (STS Sala Cuarta, de lo Contencioso-administrativo, de 9 de febrero de 1983). Se trata del retraso que se produce en algunas ocasiones respecto del inicio del cómputo de prescripción hasta el momento en que la infracción deje de cometerse en el caso de las llamadas infracciones permanentes o continuadas. El significado distinto de ambas expresiones a efectos de la*

*alteración del cómputo del plazo de prescripción aparece en el art. 132.1 del Código Penal, que establece que "Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta". En el propio Código, en su art. 74, se define el delito continuado como una construcción teórica para limitar las sanciones imponibles, potencialmente ilimitadas, y sustituirlas por una única sanción agravada que cubra todo el desvalor a lo largo de un período de tiempo dado, idea reproducida en el art. 4.6 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. A pesar de ello, como vamos a comprobar de inmediato, en muchas ocasiones el legislador no es demasiado preciso en la distinción cuando se trata de disposición administrativas sancionadoras, por lo que vienen a utilizarse con cierta ambivalencia por la jurisprudencia administrativa (STS, Sala Tercera, Sección 6a, de 20 de noviembre de 2007, fundamento quinto).*

*El primer caso es el de la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, cuyo art. 68.1, en su último inciso, dispone que "El término de la prescripción se computará desde el día en que se hubiera cometido la infracción o, en el caso de infracciones continuadas, desde el que hayan cesado", aplicando la consecuencia de los delitos permanentes -la prescripción no se cuenta desde la última acción, sino desde que ésta cesa- pero usando la expresión infracción continuada. En línea similar -aunque aquí se cubren a la vez los dos tipos de infracciones citados- se sitúa el art. 83.1 de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, cuyo tercer párrafo establece que: "En el supuesto de infracción continuada, la fecha inicial del cómputo será aquella en que deje de realizarse la actividad infractora o la del último acto con que la infracción se consume. No obstante, se entenderá que persiste la infracción en tanto los equipos, aparatos o instalaciones objeto del expediente no se encuentren a disposición de la Administración o quede constancia fehaciente de su imposibilidad de uso". La redacción es muy similar en el tercer párrafo del art. 68.2 de la Ley 43/2010, del Servicio Postal Universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal, que señala que En los supuestos de infracciones continuadas el plazo de prescripción comenzará a correr desde el momento de la finalización de la actividad o desde el último acto con el que la infracción se consuma". Es, por lo demás, muy habitual en el derecho urbanístico, en este caso en la normativa autonómica, como sucede en el art. 237 de la Ley 9/2001, del Suelo, de la Comunidad de Madrid que, con una expresión algo más ambigua -idéntica a la empleada por el art. 101 bis LMV- que abarca asimismo a infracciones permanentes y continuadas, dispone que: "En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de la finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consuma".*

*En fin, con gran precisión técnica, esta figura se recoge en el art. 70.2 de la Ley 8/1999, de 26 de mayo, de Ordenación del Turismo de Castilla-La Mancha, que dispone que "El plazo de prescripción para aquellas infracciones en las que la conducta tipificada implique una obligación de carácter permanente para el titular, comenzará a computarse desde el día de cumplimiento de dicha obligación". En la misma línea, muy recientemente, el legislador estatal ha introducido en una norma con rango de Ley una referencia expresa a las infracciones permanentes en ámbito administrativo sancionador. En efecto, con ocasión de la modificación operada en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas*

*urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, por la Disposición final quinta de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (BOE de 28 de abril) en cuyo artículo 23, bajo la rúbrica Infracciones Permanentes considera las infracciones permanentes como aquellas infracciones constituidas por un único ilícito que se mantiene en el tiempo y susceptible de interrupción por la sola voluntad del infractor. La misma norma, en su artículo 26.3 establece un régimen de prescripción propio para las infracciones permanentes estableciendo que el plazo de prescripción se computará a partir de la fecha de finalización de la actividad infractora.*

*Por otro lado, la jurisprudencia, ha contemplado las denominadas "infracciones permanentes", aludidas en resoluciones como las SSTs de 7 de abril de 1989 y 23 de enero de 1990, que se caracterizan como "conductas antijurídicas que persisten en el tiempo y no se agotan con un solo acto, determinando el mantenimiento de la situación antijurídica a voluntad del autor, caso del desarrollo en el tiempo de actividades sin las preceptivas autorizaciones y otros supuestos semejantes" (STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 62, de 7 de marzo de 2006, fundamento tercero), con la consecuencia de que el plazo de prescripción no se inicia "al no haber cesado la situación de infracción perseguida" (STS de 18 de febrero de 1985). Por decirlo en términos de una reciente resolución, "la conducta punible, en este tipo de infracciones, es constitutiva de un único ilícito, pero se mantiene durante un espacio prolongado de tiempo por la persistencia de la voluntad del sujeto que, en cualquier momento, puede poner fin a la misma. Y esto es lo que sucede en el caso que nos ocupa; y queda corroborado porque los hechos se tipifican como constitutivos de una sola infracción, que es continuada, y se impone una única sanción, con obligación de reintegración de los terrenos al estado anterior. En estos casos, el cómputo para la prescripción comienza desde el cese de la actividad ilegal o desde que se elimina la situación ilícita" (STS, Sala Tercera, Sección 9, de 20 de septiembre de 2012, fundamento quinto; la infracción consistió en una extracción de áridos sin haber obtenido la preceptiva licencia por parte de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir). Ejemplos adicionales de aplicación de esta técnica los encontramos en la STS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 72, de 24 de noviembre de 1999, respecto del retraso injustificado de un magistrado en dictar sentencia en un proceso concreto de separación matrimonial o en la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso administrativo, Sección 3ª, de 23 de mayo de 2011 –que se hace eco de una abundantísima jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional con relación a la actividad sancionadora de la Agencia de Protección de Datos– con relación a una sanción impuesta a France Telecom por una infracción grave consistente en no haber dado de baja del fichero de morosos los datos de un cliente de Amena Retevisión Móvil, SA (antecesora de la entidad sancionada) cuando éste hubo satisfecho la deuda correspondiente, conducta que mantuvo durante más de dos años.*

*Un ejemplo muy similar al aquí estudiado se da con la STS de 17 de mayo de 1999, Sala Tercera, de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, en cuyo fundamento duodécimo se enjuicia la alegada prescripción de una sanción leve de los administradores de una entidad financiera, impuesta conforme a la Ley 26/1988, que va a ser desestimada por el órgano jurisdiccional, cuyo razonamiento parece oportuno transcribir completo:*

*“DUODÉCIMO.- Las dos infracciones leves que se imputan a la entidad financiera -no a los administradores- consisten en haber cometido ciertas irregularidades en las declaraciones al registro de altos cargos del B. E y en lo relativo a la denominación social. Ambas son sancionadas con la multa conjunta de quinientas mil ptas.*

*Respecto de la primera de ellas, consta que el Presidente del Consejo de Administración fue nombrado Consejero Delegado por acuerdo de 18-06-92 de la Junta General, incidencia no comunicada al Registro de Altos Cargos. En dicho Registro figura, asimismo, el Secretario del Consejo como Secretario y Consejero-Gerente, cuando este nombramiento fue anulado por acuerdo de la Junta General de 30 de noviembre de 1989, siendo posteriormente nombrado Secretario por la Junta General de 02-05-90.*

*La defensa de la entidad entiende que estas omisiones son «variaciones de carácter protocolario en la denominación de los cargos, pero no de las personas que dirigen la entidad», argumento claramente rechazable pues la obligación de comunicar a aquel registro las variaciones en los órganos de administración se refieren tanto a las personas como al cargo que ocupan. También es rechazable la alegación de prescripción de la infracción pues, tratándose de un deber positivo de comunicación que subsiste mientras el administrador desempeña su cargo, el incumpliendo persiste -y por tanto, no prescribe- hasta que es notificada la variación”.*

*La categoría de infracciones permanentes ha sido también objeto de estudio por la doctrina jurídica, que en alguna ocasión ha optado por denominarlas infracciones por omisión. En todos los casos se subraya como efecto principal de la categoría el de retrasar el inicio del cómputo del plazo de prescripción y se hacen especiales esfuerzos para definir sus rasgos principales, incluso desde posiciones críticas con esta figura. Así, se subraya el elemento de voluntariedad en la permanencia de la acción infractora, que en cualquier momento puede cesar por el simple arbitrio de su autor, lo que las diferencia de las infracciones de estado, en las que el autor se desprende del hecho con la consumación y se proporcionan distintos ejemplos. Entre ellos –que abarcan mayoritariamente la omisión del cumplimiento de un deber legalmente establecido– se encuentran la falta de comunicación a la Dirección General de Tráfico de un cambio de domicilio en el término de tres meses desde el traslado efectivo; la no utilización como domicilio habitual de una vivienda de protección oficial; el incumplimiento de un deber de conservación de un inmueble, etc.*

*La jurisdicción constitucional no ha tenido ocasión de enfrentarse a esta cuestión pero recientemente se ha pronunciado con respecto a uno de sus elementos centrales, como es la introducción de una cierta imprescriptibilidad de las infracciones, en la STC 37/2012, reproducida por la STC 98/2012, que desestiman sendas cuestiones de inconstitucionalidad presentadas contra los apartados 2 y 3 del art. 132 de la Ley 30/1992 interpretados conforme a la jurisprudencia vinculante dictada por el Tribunal Supremo, según la cual en el caso de que, interpuesto un recurso de alzada contra una sanción administrativa, no comienza a computarse el plazo de prescripción en tanto no recaiga resolución expresa incluso aun vencido el plazo para resolver. El Tribunal entiende que no se afecta la seguridad jurídica en su vertiente de previsibilidad en la medida en que la jurisprudencia es clara, ni se incurre en arbitrariedad por parte del Tribunal Supremo,*

*puesto que la resolución inicial no es ejecutiva en tanto no alcance firmeza administrativa, ni se vulnera la jurisprudencia constitucional ya "que de la doctrina constitucional sobre el silencio administrativo no se desprende, frente a lo que parece entender el órgano judicial promotor de la presente cuestión, que la demora en la resolución expresa de un recurso de alzada en materia sancionadora deba producir necesariamente la prescripción de la sanción".*

*Así expuesto el régimen general, es preciso comprobar si la omisión del deber de comunicación de participaciones significativas regulado en el art. 53 LMV se encuentra dentro de las infracciones permanentes. Recordemos nuevamente que la infracción por la que se incoa expediente es la prevista con carácter de muy grave en el art. 99 p) LMV, conforme al cual se reputa por tal "la inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis y 83 bis.4 de esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido". Esta tipificación se estima preferible, a results del tiempo transcurrido, a su modalidad grave, definida en el art. 100 j) como "La falta de comunicación de informaciones a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o sistemas multilaterales de negociación, en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley, así como el incumplimiento de las obligaciones de difusión y disposición pública de información contenida en los artículos 35 y 35 bis, cuando no constituyan infracciones muy graves conforme al artículo anterior".*

*El elemento básico de este precepto es que la infracción la constituye la vulneración del deber de comunicación definido en el art. 53 LMV, elemento central al que luego se le anuda el interés de ocultación o negligencia grave que resulten de la relevancia de la comunicación no formulada y de la demora en que se hubiese incurrido. Por lo tanto, podremos hablar de infracción permanente en el caso de que nos encontremos ante un deber prolongado en el tiempo, mientras que, de agotarse éste una vez transcurridos los plazos legalmente previstos, la infracción tendría carácter instantáneo y comenzaría de inmediato el cómputo de los plazos de prescripción.*

*Pues bien, no puede entenderse que el deber de comunicación de participaciones significativas cese una vez transcurrido el plazo reglamentariamente establecido para ello, actualmente fijado en cuatro días hábiles bursátiles por el Real Decreto 1362/2007. Desde luego, no es posible del tenor literal del precepto a lo largo de sus redacciones sucesivamente en vigor deducir el agotamiento de la obligación una vez superado el dies ad quem. En este sentido, aunque podría argumentarse que la referencia a la adquisición o transmisión de acciones que comporten derechos de voto, en virtud de las cuales "la proporción de derechos de voto que quede en su poder alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes que se establezcan", contenida en el art. 53.1 LMV, comporta un elemento dinámico del que pudiera deducirse una obligación instantánea, un análisis más detallado conduce de inmediato a una conclusión contraria. Por de pronto, porque el tenor literal del art. 53 se inclina en otros momentos a la titularidad o posesión de las participaciones significativas, lo que conlleva evidentemente un principio de permanencia temporal. Así sucede cuando el art. 53.3 se refiere "a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran derecho a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto" o cuando en el apartado 4 se añade*

que "Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores también serán de aplicación cuando se produzca la admisión a negociación por primera vez en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea de las acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen". Es palmario que en este caso no existe necesariamente transmisión de acciones, pero sí obligación de comunicar, por lo que no cabe situar en la adquisición o venta el centro de interés del legislador, sino en la transparencia de la titularidad efectiva de los porcentajes de voto significativos, que, lógicamente, pueden variar por encima o debajo de determinados umbrales como consecuencia de su transmisión.

Más allá de lo anterior, de una interpretación teleológica y otra sistemática –ambas reconocidas expresamente en el art. 3.1 del Código Civil– es perfectamente plausible inferir una interpretación que sostenga el carácter permanente de la infracción. Por de pronto, el bien jurídico protegido –esto es, "la necesidad del mercado de valores de disponer de información abundante y veraz para su correcto funcionamiento", según reza el apartado III de la Exposición de motivos de la Ley 6/2007, de 12 de abril, a la que se debe la redacción actual del art. 53– no se extingue con la finalización del plazo para comunicar. Antes bien, la suficiente información que debe estar en manos del mercado en todo momento y la corrección en los datos del registro público de fa CNMV que se forma con tales comunicaciones conforme al art. 92.g) LMV difícilmente podrían garantizarse con una interpretación del deber de comunicación que se agotara una vez vencido el reducido plazo reglamentario para cumplimentarlo. Antes bien, aunque la infracción del citado plazo para comunicar la participación significativa determina ya de por sí la concurrencia de infracción –en la medida en que el mercado requiere que la titularidad efectiva de los derechos de voto significativos se actualice con prontitud– ello no supone la finalización del deber de comunicar, que se extiende mientras no se haya producido la notificación exigida o no haya variado la titularidad de las participaciones.

Semejante interpretación queda además avalada por la propia LMV a partir de una sencilla interpretación sistemática. En este sentido, el art. 99.p) en su redacción vigente establece, como ya se ha señalado, que uno de los criterios para transformar en muy grave lo que de otro modo sería infracción grave es precisamente que existe "un interés de ocultación o negligencia grave", para lo que se atenderá "a lo relevancia de la comunicación no realizada" y –factor que es el que ahora nos interesa– "a la demora en que se hubiese incurrido". Resulta indiscutible que el legislador –no sólo el de la Ley 6/2007, sino también el anterior, toda vez que la dilatación del plazo en el que no se formula comunicación siempre ha sido un criterio empleado por la LMV para agravar la infracción cometida– no ha querido detener el deber de notificación en los estrictos márgenes de los plazos reglamentarios, sino que, y sin perjuicio de que una dilación de un día pueda ya ser punible, lo extiende en el tiempo para incorporar una carga mayor de desvalor en función de la cuantía del retraso.

En esta misma línea hay que destacar la relevancia del interés de ocultación manifestado, toda vez que la comunicación de participaciones significativas –bien como deber específico al superar o rebajar los umbrales de relevancia, bien de forma periódica a través de la información que semestral o anualmente ha de remitirse al mercado– es el único instrumento con el que cuenta la CNMV, que no dispone de otros cauces indirectos, para

conocer la estructura de derechos de voto en las sociedades y, en consecuencia, ejercer sus funciones al respecto.

*Por último, no es ocioso plantear una reductio ad absurdum con relación a la tesis de la obligación instantánea del deber de comunicación. Semejante tesis comportaría de aceptarse que, transcurrido el plazo para comunicar correctamente, no existiría obligación de informar al mercado –siempre que no se produjeran adquisiciones o transmisiones posteriores– por lo que la discordancia entre realidad y registro sería indefinida. Incluso si una vez producida la prescripción la CNMV conociera por otros medios de la situación real de distribución de derechos de voto, no podría exigir al amparo de este artículo al infractor que confirmara su auténtica posición. En fin, tampoco pueden aducirse en contra razones de seguridad jurídica ya que, más allá del principio citado más arriba, al autor de la infracción le basta para iniciar el cómputo del plazo de prescripción bien con reponer sus participaciones en los porcentajes originales –de manera que la realidad registral coincida nuevamente con la fáctica– bien con comunicar tardíamente a la CNMV sus participaciones reales, momento a partir del cual comenzarían a contarse los cinco años legalmente establecidos para la prescripción de la infracción.*

*En conclusión, no cabe entender que los hechos infractores hubieran prescrito, debiendo desechar la interpretación que se ofrece por la representación de la entidad, al estar sustentada en la concepción de la infracción como una infracción de carácter instantáneo, y su consumación en 1993; debiendo entender, a resultas de la argumentación presentada, que la infracción no habría prescrito aún, al tratarse, a nuestro juicio, de una infracción de carácter permanente”.*

La amplia e íntegra transcripción de la resolución recurrida se debe a que el criterio en ella expuesto es compartido mayoritariamente por este Tribunal y de cara a constatar que se trata de un criterio motivado en derecho y no subjetivamente construido en atención a la persona del sancionado.

El **art. 99 p) de la LMV** tipifica como infracción muy grave: “La inobservancia del deber de información previsto en los arts. 35 bis, 53, 53 bis y 83 bis.4 de esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido”. (En idéntico sentido el actual art. 282-3 del TRLMV).

Como vemos se trata de una infracción de peligro abstracto que solo atiende a la acción típica sin precisar de resultado lesivo alguno siendo que la configuración de la infracción como grave frente a la infracción leve definida de forma residual en el art. 101.1 de la LMV (“1. Constituyen infracciones leves de las entidades y personas a que se refiere el art. 95, aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores que no constituyan infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores.”) atiende al elemento subjetivo del injusto pues es preciso la concurrencia, ya sea, de un constatado interés de ocultación (que remite a actuaciones dolosas) “o” de una negligencia grave o inexcusable (no remite a la simple inobservancia sino al estado supremo de omisión de la diligencia debida, dada la transcendencia del incumplimiento y a la relevancia del deber omitido),

circunstancias, una u otra, que habrán de constatarse “atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido”.

El **art. 53 de la LMV 24/1988** (actual artículo 125 del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) configura la obligación cuyo incumplimiento se sanciona en los siguientes términos:

*“1. El accionista que, **directa o indirectamente**, adquiera o transmita acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen, en los términos que se establezcan reglamentariamente, cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en cualquier otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, y que atribuyan derechos de voto, y como resultado de dichas operaciones, la proporción de derechos de voto que quede en su poder alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes que se establezcan, deberá notificar al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en las condiciones que se señalen, la proporción de derechos de voto resultante.*

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

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

*3. Igualmente se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran el derecho incondicional o la facultad discrecional a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto o instrumentos financieros que estén referenciados a acciones que atribuyan derechos de voto y tengan un efecto económico similar a los valores e instrumentos financieros anteriormente mencionados, independientemente de si dan derecho o no a liquidación mediante entrega física de los valores subyacentes, en los términos y con el desglose que se determinen reglamentariamente.*

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

*5. Cuando quien se encuentre en los casos previstos en los apartados anteriores sea administrador del emisor, además de cumplir con la obligación de comunicar cualesquiera operaciones realizadas sobre acciones del emisor o sobre valores u otros instrumentos financieros referenciados a dichas acciones, deberá comunicar a la*

Comisión Nacional del Mercado de Valores la participación que tuvieron en el momento de su nombramiento y cese.

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

6. El emisor deberá hacer pública y difundir la información a que se refieren los apartados anteriores.

7. Reglamentariamente se determinarán la forma, plazo y demás condiciones para el cumplimiento de las obligaciones establecidas en este artículo así como, en su caso, los supuestos excepcionados del cumplimiento de estas obligaciones.

8. Lo dispuesto en este artículo no será de aplicación a los partícipes y accionistas en fondos y sociedades de inversión colectiva de capital variable a que se refiere la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva".

El **Real Decreto 1362/2007**, de 19 de octubre, da desarrollo a esta obligación y en su **art. 35**. "plazos para la notificación de participaciones significativas", viene a determinar que:

"1. La notificación al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hará en el plazo máximo de cuatro días hábiles bursátiles, a contar desde el día siguiente al que la persona obligada haya conocido o debiera haber conocido la adquisición o transmisión de las acciones o la posibilidad de ejercer los derechos de voto correspondientes.

A los efectos de este apartado, se entenderá que los sujetos obligados a comunicar debieran haber tenido conocimiento de la adquisición, cesión o la posibilidad de ejercer los derechos de voto dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes a la transacción.

5. Si la adquisición o transmisión se produce por causa distinta de la negociación en un mercado secundario oficial, el plazo se contará desde el día hábil bursátil siguiente a la fecha en que surta efecto el título que origine tal adquisición o transmisión.

7. Los plazos para la remisión de la comunicación se calcularán de acuerdo con el calendario de días hábiles bursátiles vigente en los mercados oficiales. A este fin, la Comisión Nacional del Mercado de Valores publicará anualmente en su página web, el calendario de días hábiles bursátiles aplicable".

En cuanto a la prescripción el **101 bis de la LMV**, párrafo segundo dispone que:

"El plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción hubiera sido cometido. En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume".

El TS en su sentencia de 23-10-2015 (*Recurso Núm.: 384/2013*) recoge claramente la doctrina legal y jurisprudencial al respecto de las llamadas infracciones permanentes en las que:

*"(...) el infractor lleva a cabo una sola acción punible, pero dicha acción se caracteriza por su prolongación en el tiempo, de manera que la consumación de la infracción se inicia en el momento en el que el infractor lleva a cabo la acción típica, pero lo que pudiera denominarse el periodo de consumación no se detiene ahí sino que subsiste a partir de ese periodo inicial hasta que el infractor pone término a la conducta típica constitutiva de la infracción, de forma que la consumación de delito se perpetúa hasta que la conducta finaliza. Se ha dicho, por eso, que en las infracciones permanentes, por voluntad del autor, se renueva continuamente la acción típica, manteniéndose así la situación antijurídica hasta que el infractor le pone término. Pues bien, la regla general sobre la prescripción de las infracciones continuadas y las permanentes es la que se obtiene a partir del artículo 132 del Código Penal, que, establece que en los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, los plazos de prescripción se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta".*

En definitiva, en la infracción permanente la actuación infractora (ya sea acción u omisión) se prolonga en el tiempo, habiendo de distinguirse de lo que es meramente la persistencia en efectos pues puede haber acciones instantáneas con efectos permanentes que no es el caso de autos.

Para centrar la actuación típica en caso estudiado, en cuanto a sí la omisión del deber de comunicación de participaciones significativas es o no una infracción de carácter permanente, habrá de verse si nos encontramos ante un deber prolongado en el tiempo o por el contrario es una obligación que se agota en sí misma una vez transcurridos los plazos legalmente previstos para tal comunicación por el RD 1362/2007 anteriormente transcrito y a tal efecto el criterio expuesto en la resolución recurrida se impone por la lógica de la finalidad buscada por la obligación legalmente establecida y cuyo incumplimiento se sanciona, finalidad que se construye para lograr la transparencia del mercado que descansa en la transmisión al mismo de una información completa y fidedigna en aras a que el inversor pueda construir libremente sus decisiones de operativa en el mercado (a tal finalidad responde registro de información regulada de la CNMV al que se refiere el art. 92 de la LMV, actual art. 238 del TRLMV).

El criterio de la recurrente conduce al absurdo de que toda obligación legal que se construye positivamente con base a una obligación de hacer, en este caso de comunicar/declarar, y que tiene marcado un plazo de realización para no incurrir en su incumplimiento, deriva en obligación inexistente superado dicho plazo. La obligación sancionada en el art. 53 de la LMV no es instantánea ni se agota vencido el plazo reglamentariamente previsto para efectuar la declaración. No olvidemos que el art. 99 p) de la LMV va a determinar la mayor o menor gravedad de la infracción, entre otras cosas, por el tiempo que haya transcurrido desde que debió hacerse la notificación hasta que la misma se lleve a cabo.

En el caso de autos estamos ante una actuación relevante desde el punto de vista sancionador sobre la base de un no hacer lo debido dentro de un plazo legal, de una omisión pura y simple, caracterizada a efectos sancionadores por:

- a) una situación típica;
- b) ausencia de la acción determinada que le era exigida; y
- c) capacidad de realizarla.

Esta omisión da lugar a una infracción permanente, mientras se mantiene la inacción, y en cuanto a los delitos permanentes ya el Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, establece (Tribunal Supremo Sala 2ª, S 5-5-1999, nº 687/1999, Rec. 924/1998) que la fecha de comienzo de la prescripción es la de finalización de la conducta típica y no el de su comienzo y, en el caso de autos, hemos de concluir que solo cesa la conducta típica cuando se cesa en la omisión sancionable. Ya el art. 132 del Código Penal establece que, en los delitos permanentes, comienza la prescripción *"desde que se eliminó la situación ilícita"*.

Por tanto en esta omisión pura como la sancionada en el art. 53 de la LMV 24/1988, al persistir la situación antijurídica, el cómputo del plazo prescriptivo no puede iniciarse hasta que cese la situación lesiva para los bienes jurídicos protegidos lo que no implica la imprescriptibilidad pues es una vez que se cese en la omisión cuando comienza el plazo de prescripción de ahí que no se pueda aceptar el argumento de parte de que *"Un plazo de prescripción "de facto" de 17 años, como pretende la CNMV o, incluso, imprescriptible si no se hubieran declarado las participaciones significativas el 30 de julio de 2010, es un plazo extraordinario incluso para los rigurosos términos del Código Penal en el que, por ejemplo, prescriben a los 15 años los delitos cuya pena máxima señalada por la ley sea inhabilitación por más de 10 años o prisión por más de 10 y menos de 15 años"*. Con la consideración de esta infracción como permanente no es la Administración la que está estableciendo un plazo de prescripción que va más allá de los 5 años previstos legalmente sino que, en su caso, es el recurrente el que mantiene su acción omisiva y antijurídica de forma continuada y permanente durante 17 años.

La superación del plazo legal para efectuar la comunicación de participaciones significativas sin hacerlo solo supone que la acción típica comienza, pero no su agotamiento, pues la acción y no solo sus efectos se mantiene de forma continuada hasta que se cesa en la inacción. No se puede hablar por tanto de acción instantánea con efectos permanentes y por ello no es aceptable el limitado alcance que el recurrente defiende del término *"actividad continuada"* recogido en el art. 101 bis, párrafo 2, de la LMV, actual 301 del TRLMV (*"En las infracciones derivadas de una actividad continuada, la fecha inicial del cómputo será la de finalización de la actividad o la del último acto con el que la infracción se consume"*) para afirmar que no existen precepto legal alguno que instituya en el ámbito específico del mercado de valores el concepto de infracción permanente.

No se debe confundir el delito o infracción continuada (varias acciones u omisiones que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, atacan el

mismo bien jurídico ex art. 74 CP, art. 4-6 del RD 1398/1993 y 29-6 de la LRJSP 40/2015), con la actividad continuada (acción u omisión/positiva o negativa) que viene a integrar la acción típica y precisamente es el art. 101 bis de la LMV el que permite el tratamiento correcto de la prescripción en el caso de una infracción que tenga de base una singularizada "*actividad continuada*", actividad que, como en cualquier otro ámbito sancionador, incluido el penal (el TS, Sala 3ª, sec. 7ª, en Sentencia de 2-4-2014, Rec. 300/2013, reconoce la posibilidad de extender al ámbito sancionador administrativo los principios del derecho penal, "*con las debidas modulaciones, a todas las manifestaciones del derecho sancionador*"), puede ser tanto positiva (acción) como negativa (omisión) ya que dependerá de cómo se construya la actividad típica por el tipo infractor (en este concreto caso enjuiciado se construye sobre la base de una omisión del deber de declarar, omisión pura y simple, a diferencia de las infracciones permanentes en el ámbito del mercado de valores ligadas a acciones positivas como es el desarrollo de actividades reservadas sin haber obtenido la preceptiva autorización) y sobre la base de que la continuidad de la actividad remite a la permanencia de la misma.

Es por ello que no es necesario que la normativa sectorial haga mención expresa al tratar de la prescripción a "*omisiones*" y "*permanentes*" para que existan infracciones permanentes en el marco del Mercado de Valores y se pueda integrar la acción típica en el caso de obligaciones de hacer cuyo incumplimiento se mantiene en el tiempo una vez superado el plazo legalmente marcado para el cumplimiento de la obligación con la consecuencia de que la conducta a sancionar no finalice hasta que no se cese en la omisión pura y simple y sin que ello resulte de un inaceptable recurso a la analogía.

El que las sentencias citadas por las resoluciones (inicial y de reposición) no se refieran concretamente al caso enjuiciado no significa que los claros principios que recogen en cuanto a lo que supone una infracción permanente y la prescripción en estos casos no sean trasvasables al caso a estudio. Esta remisión jurisprudencial en cuanto a los principios que recogen las sentencias en los casos particularizadamente tratados en ellas, es común y se viene a integrar en el trabajo diario de los Tribunales siendo que las que se citan en la resolución recurrida no se ven limitadas en sus conclusiones acerca de cómo se configura una infracción permanente y las consecuencias en cuanto a la prescripción por el hecho de que contemplen infracciones que se cometen en el ejercicio de actividades sujetas a autorizaciones administrativas y en particular la STS de 19-5-1999 (falta de comunicación al Registro de Altos Cargos del Banco de España del nombramiento de órganos de administración) por tratar un supuesto en el ámbito de la disciplina e intervención de entidades de crédito, al igual que es indiferente al caso el que "*ningún inversor o accionista de Bankinter, SA, significativo o no significativo, ha formulado la más mínima reclamación por este motivo*" ya que estamos ante una infracción que de peligro abstracto. Pensemos en la infracción penal por impago de impuestos (art. 305 y ss del CP) infracción que resulta de la defraudación y por tanto no de la mera omisión formal de la declaración y de la subsiguiente liquidación tributaria. Es un delito de resultado y por ello es necesario que se eluda el pago en una cuota positiva que supere ciertos límites (por debajo de ellos estamos ante la mera infracción administrativa), resultando que la elusión fiscal, en cuanto a resultado, ha de concretarse respecto de un tributo y ejercicio fiscal y en relación a la fecha en que se produce el resultado dañoso por la elusión del pago (fecha final del plazo de declaración). Así, aunque en algunos casos de

delito fiscal se parta de una omisión, es un delito de resultado y por ello instantáneo en su comisión, por cuanto se consume con el resultado, a diferencia del supuesto que nos ocupa.

En definitiva la consideración de la infracción como permanente es conforme a derecho y la Administración ha justificado más que sobradamente el cambio de criterio respecto del que venía manteniendo (algo en lo que posteriormente reincidiremos y que sucede incluso en la jurisprudencia de los Tribunales) y de ahí la improcedencia de la supuesta confianza legítima que se reclama, confianza que se argumenta no en la creencia de que los hechos no fueran típicos con base al obrar administrativo previo sino en que la infracción hubiera prescrito y por ello no fuera sancionada, algo que no puede valorarse al margen de lo que impone el estricto respeto a la legalidad y que difícilmente puede amparar un error invencible de prohibición (pág. 71 y ss de la resolución de reposición con cita, precisamente, de la previa sentencia de esta Sala y Sección en el recurso 87/2014).

(...)"

De esta manera ante el carácter permanentemente de la infracción como consecuencia del mantenimiento en el tiempo de su incumplimiento, el inicio del plazo de prescripción ha de situarse en el cese de la actividad infractora, en este caso el 6-3-2014, data en qué, a instancia del Departamento de Informes Financieros y Corporativos (DIFC), se produce la comunicación de BBVA Asset relativa a los derechos de voto que le correspondían sobre las acciones titularidad de GUESINVER en MINERSA, por lo que a la fecha de la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado no habrían transcurrido los 5 años que al efecto fija el art. 101 bis de la LMV 24/1988.

Antes de dicha fecha por parte de la recurrente no hubo ninguna comunicación efectiva en su propio nombre a la CNMV de la participación significativa, comunicación que, además, se produjo a instancias de la propia CNMV y por tanto no hubo cese en el incumplimiento de dicha obligación con anterioridad al 6-3-2014 ya que el art. 53 de la LMV claramente fija la obligación en el deber de *"notificar al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores"*, deber que el art. 24 del RD Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrollan los requisitos de transparencia relativos a información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea, señala que los requisitos de notificación se aplicarán también a toda persona física o jurídica que, con independencia de la titularidad de las acciones, tenga la posibilidad de ejercer los derechos de voto atribuidos por dichas acciones, siempre que la proporción de derechos de voto alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes señalados en el artículo 23.1 (algo indiscutido en el caso de autos) y sitúa con toda claridad dicha obligación en: *"d) Las sociedades gestoras de instituciones de inversión colectiva, en relación con los derechos de voto atribuidos a las acciones que formen parte del patrimonio de las instituciones que gestionan, salvo que renuncien expresamente a su ejercicio, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y en su normativa de desarrollo"*, por lo que BBVA ASSET MANAGEMENT, S.A. S.G.I.I.C incumplió una obligación propia, autónoma e independiente de la que también tiene la

SICAV con base al art. 23 del RD 1362/2007, incumplimiento que viene centrado en la no comunicación a la CNMV de la participación significativa de una de las SICAV que gestionaba, GUESINVER SICAV S.A, participación en MINERALES Y PRODUCTOS Y DERIVADOS SA, comunicación que debería haber realizado en el plazo que al efecto marca el art. art. 35 del RD 1362/2007 (“1. La notificación al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hará en el plazo máximo de cuatro días hábiles bursátiles, a contar desde el día siguiente al que la persona obligada haya conocido o debiera haber conocido la adquisición o transmisión de las acciones o la posibilidad de ejercer los derechos de voto correspondientes. A los efectos de este apartado, se entenderá que los sujetos obligados a comunicar debieran haber tenido conocimiento de la adquisición, cesión o la posibilidad de ejercer los derechos de voto dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes a la transacción”).

Ante la existencia de esta obligación propia de la recurrente como gestora de la SICAV, no puede acogerse la data del 25-6-2008, fecha en la que BBVA remitió a la CNMV el escrito en nombre de GUESINVER informando de la posesión por parte de dicha SICAV de una participación significativa en MINERSA, como fecha de cese en el incumplimiento de la obligación y de inicio del plazo de prescripción. Además, en este escrito, que se hizo en nombre de la gestionada, no se contenía mención alguna acerca de qué era a la Gestora a la que le correspondía el ejercicio de los derechos de voto sobre dichas acciones sin que ello tenga que deducirse, necesaria e indefectiblemente, de su condición de Gestora por muy común que sea esta práctica ya que, en los contratos de gestión, las Sociedades de Inversión Colectiva pueden reservarse el ejercicio de estos derechos de voto (art. 115-1. I del RIIIC Real Decreto 1082/2012). De hecho la propia recurrente reconoce que no es hasta el primer trimestre de 2016 que la Información Pública Periódica que presenta la SICAV GUESINVER recoge la mención de los derechos de voto.

### **3.- Tipicidad y culpabilidad**

El **art. 99 p) de la LMV 24/1988**, que según redacción dada por la Ley 6/2007, dispone:

*"Constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: p) La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53 y 53 bis de esta Ley cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido".*

Reiteramos lo dicho en el fundamento antecedente en cuanto a la relevancia que tiene el deber omitido en aras a la transparencia del mercado y que la recurrente tenía una obligación propia y directa al respecto en su condición de sociedad gestora de GUESINVER SICAV S.A, obligación que no puede desconocer por su condición de sociedad gestora de cotizadas y su carácter de operador en el mercado, obligación en este caso agravada ante el hecho de que, por la delegación de la SICAV, la Gestora podía ejercer dichos derechos de voto que se derivaban de la participación significativa, sin que ninguna comunicación a la CNMV se hubiera efectuado en su nombre ya que su pretendida voluntad de comunicar no resulta de la comunicación que hizo en nombre de la SICAV en 2008, visto que el tipo sancionador comprende la negligencia grave sin

necesidad de una finalidad directa o dolosa de ocultación y con total independencia de que se hubieran generado o no perjuicios para terceros ya que éste no es un elemento definidor del tipo. Estamos ante una obligación formal que se construye sobre la base del peligro abstracto que supone su incumplimiento dentro de la finalidad buscada: transparencia del mercado en aras a la protección de los inversores.

En cuanto a relevancia de la información no comunicada que la recurrente pretende cuestionar sobre la base de que se trató de una única compra y su venta, por el menor de los umbrales establecidos por el RD 1362/2007 (3%) y por la propia estructura accionarial de MINERSA, ha de señalarse que precisamente el 3%, por disposición legal, otorga el umbral de participación significativa, umbral que en este caso se vio superado aunque lo fuera en una sola operación en bloque y con independencia de que la Gestora y la SICAV tengan o no influencia efectiva en GESINVER. Conviene tener presente que los concretos derechos de voto que BBVA Asset podía hacer valer como gestora han permanecido sin manifestarse al mercado como hechos relevantes desde la entrada en vigor del RD 1362/2007 (8-1-2008) hasta 6-3-2014 ya que, no en vano, existía una delegación expresa del ejercicio de los derechos de voto correspondientes a las acciones poseídas por parte de GUESINVER en BBVA Asset. No es inocuo ni irrelevante al general del mercado el saber quién es el detentador del ejercicio de los derechos de voto vinculados a participaciones significativas, la relevancia de los mismos en cuanto al porcentaje que representan y su fluctuación (si suben o si bajan) .

Todas estas circunstancias avalan la tipificación de los hechos como infracción grave y conducen a, constatado el incumplimiento de la obligación de comunicación de participaciones significativas, descartar la opción defendida de sancionar con base a la residual infracción leve del art. 101 de la LMV (*"Constituyen infracciones leves de las entidades y personas a que se refiere el art. 95, aquellas infracciones de preceptos de obligada observancia comprendidos en las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores que no constituyan infracción grave o muy grave conforme a lo dispuesto en los dos artículos anteriores"*).

#### **4.- Proporcionalidad**

De conformidad con el **art. 102 de la LMV**, en la redacción aplicable al caso:

*"Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:*

*a) Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cantidades resultantes: El 5 por 100 de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 300.506,05 euros".*

En la resolución sancionadora se justifica la concreta multa impuesta con referencia a los criterios del art. 106 de la LMV:

*“Pues bien, no se aprecian hechos o circunstancias de mayor gravedad o entidad que aconsejen reforzar el reproche disciplinario, diferentes a las ya consideradas para su calificación. Como circunstancia que aconseja atemperarlo procede apreciar el hecho de no haber sido sancionada con anterioridad por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores (artículo 106 ter 1 in fine de la LMV). El resto de circunstancias no son aplicables por la naturaleza de la infracción cometida por la expedientada, o por no haber concurrido.*

*En consecuencia, todo ello aconseja imponer las multas en su tercio inferior, es decir, hasta 801.313 euros, aun en importe con la suficiente relevancia económica disuasoria de futuros incumplimientos.*

*(...) A este respecto, hay que comenzar recordando que el importe máximo de la multa a imponer no puede ser libremente establecido por la Administración, sino que viene determinado por los criterios establecidos en el artículo 102 de la LMV (en este caso 2.403.939 euros, el 5% de los recursos propios de BBVA Asset en el ejercicio 2013); y dentro de esos límites, teniendo en cuenta los criterios de dosimetría punitiva aplicables, y en concreto, la presencia de circunstancias que aconsejan atemperar el reproche disciplinario, la multa se impone dentro del tercio inferior (801.313 euros)”.*

Vista la tipificación de los hechos y los márgenes que la ley permite para imponer las multas, la impuesta a la recurrente, claramente ubicada en los márgenes inferiores del grado mínimo, aparece como totalmente atemperada a las circunstancias concurrentes.

**5.-.** De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

## **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 **BBVA ASSET MANAGEMENT, S.A. S.G.I.I.C.** contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de

fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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