

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE MARZO 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 222/05
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 14 de febrero de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 23 de marzo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 222/2005, se tramita, a instancia de "I.P., S.L.", representada por la Procuradora Doña R.S.M., contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de febrero de 2005, sobre infracción de la Ley de Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 12.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "I.P., S.L." interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 22 de abril de 2005, y la Sala, por providencia acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y tras los escritos de conclusiones de las partes quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 20 de marzo de 2007.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el limo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 14 de febrero de 2005, de imposición de sanción a "I.P., S.L.", parte actora en este recurso, por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

La parte dispositiva de la Orden del Ministro de Economía de 14 de febrero de 2005, impugnada en este recurso, dice lo siguiente:

Imponer a "I.P., S.L.", por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con lo establecido en el artículo 53, ambos de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la comunicación con demora respecto del plazo establecido de operaciones sobre acciones de DURO FELGUERA, S.A. con fecha de operación de los años 2001, 2002 y 2003, siendo Consejero, MULTA por importe de 12.000 euros (DOCE MIL EUROS).

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) la sanción prevista en el artículo 102, párrafo final de la LMV, impuesta de forma automática, sin posibilidad de modulación o adecuación por los Tribunales, infringe el principio de proporcionalidad y vulnera el derecho fundamental al honor de la sociedad recurrente, reconocido en el artículo 18 CE. Planteamiento de la cuestión de constitucionalidad, 2) inexistencia de culpabilidad, 3) infracción del principio de proporcionalidad pues a pesar de concurrir circunstancias atenuantes muy cualificadas se impone una sanción absolutamente desproporcionada.

El Abogado del Estado contesta que el artículo 102 LMV no es contrario a la CE, la parte recurrente incumplió la especial diligencia exigible a los administradores de las compañías mercantiles y la resolución impugnada ha ponderado adecuadamente todas las circunstancias concurrentes, imponiendo una sanción que de ninguna manera puede considerarse irrazonable o desproporcionada.

TERCERO.- Cuestiona la parte actora la adecuación a la CE del último párrafo del artículo 142 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que establece que "... las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» una vez sean firmes en vía administrativa...". En opinión de la parte actora, el precepto citado infringe la CE porque la publicación procede en todos los casos, sin posibilidad de modulación alguna, lo que infringe el principio de proporcionalidad, y porque afecta de manera directa e inmediata al crédito del recurrente.

La publicación de las sanciones en el BOE carece de la automaticidad que le atribuye la parte actora, pues como cualquier acto administrativo, está sujeto al régimen de impugnación jurisdiccional y al correlativo de medidas cautelares, de forma que en caso de que el recurrente considere que la publicación de la sanción puede causarle perjuicio en el derecho al honor, como alega en el presente recurso, puede solicitar la medida cautelar de suspensión de la publicación, de conformidad con los artículos 129 y siguientes LJCA, lo que significa que tal publicación no se produce de forma automática, sino tras la ponderación por un Tribunal de los intereses en conflicto para decidir sobre la publicación de la sanción.

Así sucedió en el presente caso, en el que esta misma Sala tras ponderar los intereses en conflicto, indicó en el auto de 26 de julio de 2005, dictado en la pieza separada de medidas cautelares, que estimaba más necesitado de protección el interés de seguridad de los inversores que la reputación pública de la sociedad recurrente. Dicho auto fue consentido por la sociedad recurrente, que no interpuso contra el mismo recurso de súplica.

Además de lo anterior, la adecuación a la CE de la publicación de las sanciones en los casos establecidos por la LMV aparece avalada por la numerosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en recursos en los que se solicita la suspensión de la publicación en el BOE de las sanciones impuestas con arreglo a la LMV y otras normas, como el artículo 18.1 de la ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, artículo 27.5 de la ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, 46.5 de la ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia.

CUARTO.- Sobre la culpabilidad, la parte recurrente no discute los hechos declarados probados en la Resolución impugnada, conforme a las cuales resulta que la recurrente - "I.P., S.L."- desde el 26/07/2000 a 29/05/2003 y de 26/06/2003 a la fecha de la Resolución impugnada es miembro del Consejo de Administración de DURO FELGUERA, S.A., que es una sociedad que desde mayo de 1999 cotiza en las Bolsas de Madrid, Barcelona y Bilbao y en el Mercado Continuo (Sistema de Interconexión Bursátil).

"I.P., S.L.", es una sociedad patrimonial controlada por Don J.G.A. que después de las operaciones sobre acciones que ahora comentaremos (en agosto de 2003) tenía una participación directa e indirecta del 9,643% en el capital social de DURO FELGUERA, S.A.

Con fechas 11, 14 y 20 de agosto de 2003 se recibieron en la CNMV comunicaciones de participaciones significativas remitidas por "I.P., S.L.", en su calidad de miembro del Consejo de Administración de DURO FELGUERA, S.A., declarando operaciones sobre acciones de la sociedad, cuyo detalle aparece en el Hecho Probado Segundo de la Resolución impugnada, que aquí se tiene por reproducido. Resumidamente, se trata de 18 operaciones de adquisición y de transmisión, directa e indirecta, de acciones de DURO FELGUERA, S.A., realizadas entre octubre de 2000 a agosto de 2003, por un número de acciones muy diverso, que van desde cifras muy pequeñas (49 acciones en agosto de 2003 y 195 acciones en abril de 2003) a cifras mas elevadas (549.270 acciones y 730.199 acciones en noviembre de 2001), siendo la mayoría de las operaciones por cifras de entre 10.000 a 80.000 acciones, con retrasos en la comunicación a la CNMV de las 18 operaciones de 1.108 días, 896 días, 887 días, 754 días, 718 días, 696 días, 670 días, 638 días, 309 días, 303 días, 256 días, 236 días, 211 días, 180 días, 150 días, 122 días, 24 días y 1 día.

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

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

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

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

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

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

La parte actora mantiene la ausencia de culpabilidad sobre la base, aceptada en la Resolución impugnada, de que las operaciones sobre acciones de DURO FELGUERA fueron comunicadas a la propia sociedad y a la prensa local.

Sin embargo, las obligaciones de comunicación de las operaciones sobre acciones deben efectuarse, según el artículo 53 LMV, "...a la sociedad afectada, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores...". Igualmente, el artículo 1 del RD 377/1991 insiste en que la comunicación de que tratamos ha de efectuarse "...a la Sociedad afectada, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas en que sus acciones estén admitidas a negociación y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores..."

Es pues claro el incumplimiento por la parte recurrente, miembro de Consejo de Administración de una sociedad cotizada en Bolsa, de la obligación de información de su participación significativa a la CNMV. Las normas que hemos citado son claras y de obligado cumplimiento para los administradores de las sociedades cotizadas, y su desconocimiento por parte de la recurrente evidencia una falta de atención y de diligencia en su actuación como administrador, de igual manera que es una conducta desatenta y falta de cuidado la de efectuar las comunicaciones de un elevado número de operaciones (18 adquisiciones y transmisiones de acciones) con un retraso tan importante, de varios años en muchos casos, por lo que procede declarar ajustada a derecho la calificación efectuada por la Resolución impugnada que aprecia en el sujeto obligado la falta de la diligencia debida en el cumplimiento de sus obligaciones, al no observar en su actuar como administrador de DURO FELGUERA la diligencia que a dicha condición es exigible, medida de acuerdo con los requisitos de conocimiento y experiencia profesional establecidas para estos cargos en la propia LMV y normativa de desarrollo.

SEXTO.- La Sala considera que la Administración ha tenido en cuenta, en el ejercicio de la potestad sancionadora, todas las circunstancias concurrentes, y especialmente la culpabilidad por negligencia concurrente, que expresamente menciona la Resolución impugnada, así como las demás circunstancias atenuantes a que la misma Resolución se refiere (ausencia de perjuicio, falta de ganancia, subsanación de la infracción por propia iniciativa y ausencia de sanciones anteriores).

Como mantiene el Abogado del Estado, la ponderación de las circunstancias atenuantes concurrentes debe considerarse adecuada, si se tiene en cuenta que el techo sancionador

por la infracción cometida por la parte recurrente, de acuerdo con el artículo 102, letra a), de la LMV es de 300.506,05 euros (50 millones de pesetas) y la sanción impuesta es la de 12.000 euros (2 millones de pesetas), que se sitúa en el tercio o grado mínimo -y aún en la franja mínima de ese grado mínimo- de la sanción de multa prevista para la infracción cometida.

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

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "I.P., S.L.", contra la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de 14 de febrero de 2005, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

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

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