

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE ENERO DE 2018

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

**Recurso nº.:** 1/2016  
**Ponente:** Dª. Isabel García García-Blanco  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 23 de diciembre de 2015, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 7 de julio de 2015  
**Fallo:** Parcialmente estimatorio

Madrid, a once de enero 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 1/2016**, se tramita a instancia de **D. JBG**, representado por la Procuradora Dña. RSM, y asistido por el Letrado D. RMC, contra Resolución de 23-12-2015, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 7-7-2015 por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A. 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 7/1/2016 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, habiendo por presentado este escrito y los documentos que citados se acompañan, junto con copia de todo ello, se sirva admitirlo, tener por formulada la demanda y en su virtud, previa la tramitación que legalmente corresponda, dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo:*

- a) *Se declare no ser ajustada a Derecho las Resoluciones dictadas por el Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad con fecha de 23 de diciembre de 2015 y la que le sirve de causa, por vulneración del principio de cosa juzgada material y formal y por tanto que se anulen ambas Resoluciones.*
- b) *Subsidiariamente que se declare que las Resoluciones impugnadas no son ajustadas a Derecho por violación de los artículos 24 y 25 de la Constitución española.*
- c) *Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare 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 inexistencia de la infracción imputada a D. JB.*
- e) *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 la actuación de la Administración Pública en el expediente administrativo y en las Resoluciones derivadas del mismo.*

- f) *Subsidiariamente respecto a todo lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y, consecuentemente, se ajuste o modere la cuantía de la sanción impuesta de acuerdo con las circunstancias concurrentes, fijándola en el importe correspondiente a su grado mínimo establecido legalmente.*

*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".*

**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 teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por contestada la demanda y en su virtud, previos los trámites legales oportunos, dicte Sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo y se confirme íntegramente la Resolución sancionadora impugnada por ser conforme a Derecho, con expresa imposición de las costas procesales al recurrente".*

**3.-** Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de fecha 27 de julio de 2016 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos.

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 23 de diciembre de 2017 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 12 de diciembre de 2017. Por resolución de fecha 19 de diciembre de 2017 y habida cuenta de la necesidad de cambio de Magistrado Ponente, se dejó sin efecto el señalamiento acordado para el día 12 de diciembre de 2017.

Por providencia de fecha 29 de diciembre de 2017 y a la vista de las presentes actuaciones, se señala para votación y fallo el día 9 de enero de 2018, fecha en que efectivamente se deliberó y votó, turnándose la ponencia a la Ilma. Magistrada Dña. Isabel García García-Blanco toda vez que el Magistrado inicialmente designado manifestaba un voto contrario al parecer de la mayoría (art. 206 de la L.O.P.J.).

**4.-** En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma 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 JURÍDICOS

**1.-** En el presente recurso se impugna la resolución de 23-12-2015, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 7-7-2015 por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A.

El 30-7-2010 el hoy recurrente comunicó a la CNMV, mediante el correspondiente formulario de declaración de adquisición de participaciones significativas, su participación del 7,85 % en Bankinter y la cesión de los derechos políticos de dichas acciones a la sociedad familiar CARTIVAL S.A.

En concreto, en tal fecha, D. JB, efectúa, en su condición de accionista significativo:

- Una comunicación en la que informaba de que su posición accionarial había alcanzado el 20%. Un 0,001% de forma directa; y un 19,999% de forma indirecta, a través de dos sociedades controladas: Cartival (19,904%) y Los Pataches (0,095%).
- Una comunicación, informando de un derecho de adquisición de acciones representativas del 3,88% a través de Cartival (instrumento financiero). El ejercicio de estos derechos quedaba condicionado a la autorización del Banco de España mencionada en el Hecho Relevante.

Los hechos considerados probados en la resolución sancionadora son los siguientes:

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

*2. D. JB habría sido, de forma ininterrumpida, propietario o primer beneficiario de un 7,85% adicional de Bankinter, y por tanto, de forma continuada habría incumplido con las obligaciones de comunicación de participaciones significativas previstas en el artículo 53 de la LMV."*

## **2.- Cosa Juzgada.**

Se construye dicha argumentación en base a que el administrado tiene derecho a no soportar dos procedimientos por el mismo hecho y partiendo de la Sentencia de esta

Sala y Sección de 15-12-2014 (Rec. 87/14) ya que: *“la CNMV no puede legítimamente incoar un segundo expediente sancionador ni, por tanto imponer sanción alguna, a los mismos sujetos, sobre los mismos hechos y con idéntico fundamento de derecho y ello como consecuencia de la existencia de un pronunciamiento judicial firme por el que, con estimación del recurso contencioso administrativo interpuesto, se anuló la resolución sancionadora.(...)”*

1. *No existió caducidad declarada en el seno del procedimiento administrativo y ello pese a que se puso de manifiesto por mi representado durante la tramitación del primer expediente administrativo sancionador. No sólo eso, la caducidad fue rechazada con extensa fundamentación por la Administración tanto en sede administrativa como contencioso administrativa. Por tanto no estamos ante el presupuesto de hecho de la sentencia invocada por la CNMV y por la Sala a la que nos dirigimos;*
2. *La Audiencia Nacional revisó la totalidad de las actuaciones de la Administración demandada concluyendo en la anulación de la resolución sancionadora;*
3. *La sentencia de 15 de diciembre de 2014 devino firme por no haber sido recurrida por la partes, singularmente por la Administración demandada, en tiempo y forma;*
4. *Existe como consecuencia de lo anterior, cosa juzgada material v formal.)”.* (Sic)

En cuanto a la cosa juzgada, como indica el TS en su sentencia de 7-4-2008 (Rec. 4615/2002), FJ2:

*<“ El principio o eficacia de cosa juzgada material -que es a la que se refiere el recurso de casación interpuesto-, se produce, según la jurisprudencia de esta Sala, cuando la cuestión o asunto suscitado en un proceso ha sido definitivamente enjuiciado y resuelto en otro anterior por la resolución judicial en él recaída. Tal manifestación de la cosa juzgada, que consagra el artículo 222 de la LEC/2000, atiende de manera especial a la seguridad jurídica, evitando que la discusión jurídica se prolongue indefinidamente mediante la iniciación de nuevos procesos sobre lo que ha sido ya definido o determinado por la Jurisdicción, y, al mismo tiempo, que se produzcan resoluciones o sentencias contradictorias.*

*La cosa juzgada material produce una doble vinculación: de una parte, negativa o excluyente, obligando al órgano judicial a declarar inadmisibile el proceso cuando advierte que el objeto de éste coincide o es jurídicamente idéntico a lo resuelto en sentencia firme en un proceso anterior; y, de otra, positiva o prejudicial, por la que, si el segundo proceso es sólo parcialmente idéntico a lo decidido en el primero, la decisión de aquél no podrá, sin embargo, contradecir lo definitivamente resuelto en éste. Dicho en otros términos, el órgano judicial del proceso posterior, en el caso de que formen parte de su "thema decidendi" cuestiones ya decididas en sentencia firme anterior deberá atenerse al contenido de dicha sentencia, sin contradecir lo dispuesto en ella,*

*sino tomándola como punto de partida.*

*En su vertiente negativa, la excepción de cosa juzgada tiene su expresa consagración en el artículo 69.d) LJCA, dando lugar a la declaración de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo. Y, en una jurisprudencia que por reiterada excusa la cita concreta de los pronunciamientos de esta Sala que la conforman, se ha configurado dicha causa de inadmisión en torno a la comprobación de la identidad de las pretensiones: de la que fue objeto del proceso decidido por sentencia firme y de la que lo es del nuevo proceso en que se hace valer la causa de inadmisión. Así han de contrastarse los tres elementos: a) identidad subjetiva de las partes y de la calidad en que actúan; b) causa de pedir, causa petendi, o fundamento de la pretensión; y c) petitum o conclusión a la que se llega según los hechos alegados y su encuadramiento en el supuesto abstracto de la norma jurídica invocada. Ello, sin perjuicio de las peculiaridades que en el proceso contencioso-administrativo derivan del objeto de la pretensión y que hace que sea un específico elemento identificador de la cosa juzgada el acto administrativo (la actuación de la Administración) o la disposición objeto de las pretensiones impugnatorias. O, dicho en otros términos, si en el posterior proceso la res de qua agitur es un acto (actuación) o una disposición diferente del que se enjuició en la resolución firme anterior, ya no puede darse el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada, salvo que el acto (actuación) o la disposición objeto del segundo proceso sean meras repeticiones del que se juzgó en el primero.*

*Así esta Sala ha señalado: «la cosa juzgada tiene matices muy específicos en el proceso Contencioso-Administrativo, donde basta que el acto impugnado sea histórica y formalmente distinto que el revisado en el proceso anterior para que deba desecharse la existencia de la cosa juzgada, pues en el segundo proceso se trata de revisar la legalidad o ilegalidad de un acto administrativo nunca examinado antes, sin perjuicio de que entrando en el fondo del asunto, es decir, ya no por razones de cosa juzgada, se haya de llegar a la misma solución antecedente» (STS de 10 nov. 1982; cfr., asimismo, SSTs de 28 ene. 1985, 30 oct. 1985 y 23 mar. 1987, 15 de marzo de 1999 EDJ, 5 de febrero y 17 de diciembre de 2001 y 23 de septiembre de 2002, entre otras).*

*Y además, claro está, la apreciación de la excepción de cosa exige que se trate no sólo del mismo acto, disposición o actuación material sino también de la misma pretensión u otra sustancialmente idéntica a la que fue objeto del proceso anterior (STS, Sala 4.ª, de 22 mayo. 1980). Si en el proceso posterior sobre el mismo acto, disposición o actuación cambian la causa petendi o el petitum de la pretensión examinada y decidida en la resolución judicial firme anterior tampoco operará en su función negativa la cosa juzgada.*

*El efecto prejudicial positivo dependerá de la conexión entre el acto, disposición o actuación juzgados y el acto, disposición o actuación respecto de los que se invoca dicho efecto en el proceso ulterior.*

*Los criterios expuestos constituyen un cuerpo consolidado de doctrina jurisprudencial,*

*como reflejan, entre otras muchas, las Sentencias de 5 de octubre de 1998, 23 de septiembre de 2002, 1 de marzo de 2004 y 27 de abril de 2006, entre otras.”>>*

El alegato de la demanda lo que en realidad está invocando es el principio “ne bis in ídem” en su vertiente procesal o procedimental que *“proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento”* (STC 188/2005, de 4 de julio, FJ 2 a)), prohibición que se ha venido poniendo *“en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material”* (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3) y la cosa juzgada material requiere, necesariamente, que la sentencia haya resuelto la cuestión litigiosa planteada en cuanto al fondo por lo que carecen de esa eficacia de cosa juzgada material aquellas sentencias que no entran a decidir, dejando imprejuzgada la cuestión de fondo (de hecho y al margen de que nos encontramos ante acto administrativo totalmente distinto, el único efecto que se deriva de la sentencia de esta Sala y Sección de 15-12-2014 es la declaración de caducidad del primer procedimiento sancionador abierto, con la consecuente anulación de la resolución sancionadora que lo concluía, lo que constituye el punto de partida del nuevo procedimiento sancionador y de la resolución que lo culmina aquí recurrida ya que la Administración no puede contradecir lo definitivamente resuelto al caso).

Es evidente que la sentencia de esta Sala y Sección de 15-12-2014, por su propia fundamentación y fallo, no traspasó el límite del estudio y resolución de cuestiones meramente formales o adjetivas en cuanto atinentes a vicios denunciados respecto del procedimiento sancionador, una de ellas precisamente la de la caducidad procedimental que fue la única estimada, por lo que restaría por examinar las consecuencias de ello para la posibilidad de abrir un nuevo procedimiento sancionador por los mismos hechos.

Al respecto basta con remitirnos a lo ya señalado por el TS en su sentencia de fecha 13-12-2016 (Rec. 2941/2015) desestimatoria del recurso de casación interpuesto por el hoy recurrente contra el auto de esta Sala y Sección de 29-4-2015, confirmado en reposición por auto de 9-6-2015, por el que se inadmitió el recurso DF 1/2015 interpuesto contra la resolución de la CNMV de 12-2-2015 de incoación de expediente administrativo sancionador que conduce a la resolución sancionadora ahora recurrida, y que pone de manifiesto que dado el limitado alcance de la caducidad procedimental en cuanto que no implica un pronunciamiento de fondo (con independencia de que ésta se acuerde de oficio o se declare judicialmente en vía de recurso), no impide la incoación de un nuevo pronunciamiento sancionador y siempre que la infracción no hubiera prescrito:

*<<” PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, por auto de 29 de abril de 2015, confirmado por el de 9 de junio, inadmitió el recurso nº 1/2015 que, por el procedimiento de protección de los derechos fundamentales, había interpuesto don JBG contra la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 12 de febrero de 2015. Mediante esta última se le incoó un expediente sancionador por el incumplimiento del deber de comunicación de participaciones significativas en Bankinter, S.A., infracción muy grave prevista en el artículo 99 p) en relación con el artículo 53, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.*

*Se da el caso de que, por los mismos hechos, la Comisión Nacional del Mercado de Valores había sancionado anteriormente al ahora recurrente por su resolución de 2 de octubre de 2013 con 500.000€. Sucede, sin embargo, que esta última fue anulada por la sentencia de la misma Sección Tercera de la Sala de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2014 debido a la caducidad del procedimiento. Y también sucede que, tras esta anulación, la Comisión Nacional de Mercado de Valores anunció inmediatamente la incoación de un nuevo procedimiento sancionador contra el Sr. BG, cosa que efectivamente hizo la resolución objeto del recurso inadmitido por el auto cuya casación se pretende.*

*(...) Por otra parte, como quiera que el recurrente promovió incidente de ejecución de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 sosteniendo, entre otras cosas, que su fallo impedía ulteriores actuaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores contra él por los mismos hechos, el auto aquí cuestionado recuerda que el de 21 de abril de 2015, que resolvió dicho incidente, señaló que excedía de la ejecución del fallo pronunciarse sobre los futuribles actos sancionadores con los que culminara el nuevo procedimiento y que, para combatirlos debería interponer los correspondientes recursos.(...).*

**OCTAVO.-** *El cuarto motivo denuncia que en el momento liminar del proceso el auto de 29 de abril de 2015 ha decidido la cuestión de fondo. O sea, la inexistencia de lesión del derecho a no ser sometido dos veces a procedimiento sancionador por los mismos hechos y, en particular, que no se produjo la prescripción de la infracción por la que fue sancionado el recurrente. Y el quinto le reprocha haberlo hecho de forma inmotivada.*

*Ya hemos recordado que la jurisprudencia rechaza que en un incidente para resolver la admisibilidad del recurso se hagan pronunciamientos de fondo fuera de los casos expresamente autorizados por la Ley. En el que nos ocupa --que no es uno de ellos-- podemos comprobar que la Sala de instancia, una vez examinado el expediente, sometió a las partes la inadmisibilidad del recurso, señalándoles la posible causa concurrente. Se ajustó, pues, a las prescripciones del artículo 51.1 de la Ley de la Jurisdicción. Y, en respuesta a las alegaciones del recurrente, se refirió en el auto objeto de este recurso de casación a los efectos de la caducidad y a la prescripción.*

*Sobre ese extremo, sin entrar en las circunstancias concretas del caso, recordó que, según la jurisprudencia, la declaración de caducidad del procedimiento en el ámbito sancionador no impide a la Administración incoar un nuevo procedimiento por los mismos hechos considerados en el expediente caducado siempre y cuando no hubiera prescrito la infracción. No hace, sin embargo, el auto de 29 de abril de 2015 referencia alguna a si hubo o no prescripción en este caso, ni tampoco a si, en sus concretas circunstancias, median o no razones que impidan esa nueva incoación.*

*No hay en él pronunciamiento anticipado alguno. Tampoco dice nada sobre los efectos de la cosa juzgada que, por otra parte, según el artículo 69 d) de la Ley de la Jurisdicción, han de ser apreciados, en su caso, en la sentencia.*

En definitiva, el auto de 29 de abril de 2015 se limita a resolver la inadmisibilidad por falta de actuación impugnada. Y, como refleja su lectura, lo hace razonadamente, exponiendo con claridad por qué no considera justificado por el recurrente que el acto recurrido sea más que de mero trámite.

**NOVENO.-** A propósito de la cuestión debatida cabe plantear, en fin, si la naturaleza del derecho fundamental invocado, el derecho al llamado non bis in idem en su vertiente procesal, o sea a no verse sometido a un nuevo procedimiento sancionador [sentencias del Tribunal Constitucional 91/2008, 334/2005 y 2/2003], en esta ocasión por los mismos hechos y fundamentos considerados en el que caducó, exige aplicar un criterio distinto a la calificación del acto de incoación del expediente. O, mejor dicho, si le convierte en acto de trámite cualificado y, por tanto, recurrible conforme al artículo 25 de la Ley de la Jurisdicción.

No hay duda de que ese derecho fundamental --el auto de 29 de abril de 2015 así lo reconoce-- juega, además de en el proceso penal, en el procedimiento administrativo sancionador, aunque solamente si por su complejidad o por la gravedad de la sanción puede asimilarse a aquél. En este punto --y en contra de lo dicho por la Sala de instancia-- tiene razón el recurrente al afirmar que, por la entidad de la sanción que se le impuso y que en el segundo expediente se le podría imponer tal como finalmente sucedió, ha de ser equiparada a las de naturaleza penal. Así, la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección Primera) de 9 de septiembre de 2016 (asunto Sismanidis y Sitaridis contra Grecia), con cita de otras anteriores, considera que una multa de muchos miles de euros tiene carácter penal.

No obstante el derecho fundamental que nos ocupa viene en causa cuando se abre un nuevo procedimiento sancionador a los mismos sujetos por los mismos hechos y fundamentos enjuiciados en otro que haya concluido con una resolución judicial de fondo que produzca el efecto de cosa juzgada. Así lo precisa la sentencia del Tribunal Constitucional 91/2008 y lo reitera en el ámbito penal la sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo nº 795/2016, de 25 de octubre (casación 86/2016), con cita de otras. Y otro tanto hace en el orden contencioso-administrativo la sentencia de la Sala Tercera de 24 de febrero de 2016 (casación 984/2014).

Así, pues, en el caso que tenemos ante nosotros, la Sala de instancia apreció correctamente que no se había justificado que la incoación del segundo expediente comportara por sí misma las consecuencias necesarias para ser considerada un acto de trámite cualificado. La invocación de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 y de las identidades, aunque sirviera para excluir la inadecuación del procedimiento no era útil para entender que se estaba lesionando ya el derecho fundamental porque esa sentencia acaba decidiendo en función de un aspecto formal: la caducidad del procedimiento.

De este modo, la firmeza de la sentencia de 15 de diciembre de 2014 y el consiguiente efecto de cosa juzgada se limita a la anulación de la sanción y a la razón que la determina: la caducidad del procedimiento. Esto significa que, en principio, las

*consecuencias que despliega son las que ya ha producido: la indicada anulación y la publicación de su fallo ya que así dispuso que se hiciera. Pretender que, además, impide un ulterior procedimiento sancionador entraña decidir si, junto a aquellos pronunciamientos, se debe entender que esa sentencia comporta otros de fondo sobre los hechos, su tipicidad, la culpabilidad y la procedencia de la concreta sanción así como sobre si hubo prescripción, pues fue alegada en aquél proceso. Parece claro que el Sr. BG no justificó esto último en el momento de interponer el recurso ni en sus alegaciones en el trámite abierto sobre su inadmisibilidad, que es lo que le reprochó el auto de 29 de abril de 2015.*

**Esta conclusión es coherente con la alcanzada por la sentencia del pleno de la Sala Tercera de 27 de febrero de 2006 (recurso 84/2004), la cual, con cita de la anterior de 12 de junio de 2003 (casación en interés de la Ley 18/2002), expresamente afirmó, a propósito de los expedientes sancionadores en general, que “la declaración de caducidad del procedimiento no implica la prescripción ni impide el ulterior ejercicio del ius puniendi en un nuevo procedimiento”.**

*Si cabe iniciarlo otra vez, a reserva de que no haya prescrito la infracción, es por el limitado efecto de cosa juzgada que produce esa declaración, de manera que no hay motivos para considerar al acto de incoación que no impone ninguna medida restrictiva de manera diferente a como se le ha venido calificando. Es decir, no hay motivos para entender que poseyera el carácter cualificado que lo haría recurrible.”>> (Sic con el añadido del subrayado y resaltado para enfatizar lo de interés al caso).*

### **3.- Prescripción.-**

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 infracción imputada a mi representado es la falta de comunicación a la CNMV de la adquisición de participaciones significativas en Bankinter, S.A. (en concreto, del 7,85% correspondiente a la herencia de su padre, fallecido en 1993), en la forma y en el plazo reglamentariamente establecido (actualmente, el artículo 35 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre establece un plazo de 4 días hábiles bursátiles, si bien en 1993, conforme a lo previsto en el artículo 9 del Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, el plazo previsto era de 7 días).*

*La infracción imputada a D. JB está tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53, ambos de la Ley 24/1988, consistente en el incumplimiento del deber de*

*comunicación y difusión de participaciones significativas en Bankinter, S.A.*

*La prescripción de la infracción imputada se comienza a contar "desde el día en que la infracción se hubiera cometido", de conformidad con el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y artículo 101 bis de la LMV, vigente en ese momento, siendo el plazo de prescripción de cinco años. (...)*

*No existe, como puede fácilmente comprobar la Sala, en el régimen de infracciones y sanciones de la LMV ninguna referencia al concepto de infracciones permanentes menos aún de omisiones permanentes. La LMV se refiere solo a infracciones instantáneas o de tracto único (cuyo plazo de prescripción comienza a contarse desde el día en que se cometen) y a infracciones continuadas (cuyo plazo de prescripción comienza cuando finaliza la actividad continuada o se realiza el último acto de la misma).*

*El análisis del tipo infractor, desde la perspectiva del principio de legalidad, regulado en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53, ambos de la LMV, ofrece pocas dudas: el deber de comunicación a la CNMV surge, en todos los supuestos contemplados en el artículo 53 de la LMV, de un hecho puntual y específico (adquirir o transmitir acciones o derechos de voto u otros supuestos dinámicos previstos en el mismo) y es un deber que debe cumplirse en un plazo determinado desde que el hecho dinámico tiene lugar (4 días hábiles de acuerdo con el artículo 35 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, si bien en 1993, conforme a lo previsto en el artículo 9 del Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, el plazo era de 7 días).*

*Finalmente, el artículo 34 del Real Decreto 1362/2007 es muy claro cuando, al regular el contenido de la notificación de las participaciones significativas, señala que la notificación requerida identificará el "supuesto que, de conformidad con este Real Decreto, origina la obligación de comunicar". No puede la norma decir de forma más clara que se trata de una obligación puntual, de cumplimiento instantáneo. Es "la adquisición o pérdida" de la participación significativa el objeto -exclusivo-del deber de comunicar, como refleja la Exposición de Motivos del propio Real Decreto 1362/2007.*

*El deber regulado en el artículo 53 de la LMV no es un deber de carácter permanente o sujeto a plazos periódicos de ejercicio, sino un deber puntual que tiene un plazo determinado y específico de cumplimiento, dentro del cual se agota. El principio de tipicidad impone, pues, que la infracción de dicho deber sólo pueda ser interpretada como una infracción instantánea o de tracto único.(...)"*

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 del D. JB. 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 la 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 legamente 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 trata de una omisión, es un delito de resultado y por ello instantáneo en su comisión, por cuanto se consuma 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):

*“3. En cuanto a las alegaciones de la representación del recurrente a propósito cambio de criterio aplicado por la CNMV en situaciones precedentes, debemos partir del hecho de que, conforme se razona en el Fundamento de Derecho Sexto de la Orden, a la vista del resultado de la prueba practicada, dicho precedente existió, en los términos que se describen en dicho Fundamento, a los cuales nos remitimos.*

*Partiendo de la existencia del precedente (situación que no ha sido en ningún momento negada por la propia CNMV), debemos significar que el cambio de criterio resulta plenamente conforme a Derecho, sin que puedan atenderse las razones que, en contra de este criterio se alegan por el Interesado:*

*En primer lugar, debe significarse que el cambio de criterio no puede considerarse en modo alguno arbitrario, caprichoso o falto de Justificación, pues la resolución exponía de manera clara, precisa y completa los motivos (expuestos más arriba) por los cuales se pasaba a considerar la infracción del deber de comunicación previsto en el artículo 53 de la LMV como una infracción permanente.*

*En segundo lugar, conviene también destacar que el cambio de criterio no es arbitrario porque, además de venir motivado (incluso exhaustivamente), no ha sido un cambio de criterio ad hoc, sino que una vez establecido (ya en 2013, en el ámbito de la tramitación del expediente sancionador nº 12/2011, referido también al Sr. B.), fija la posición a seguir por la CNMV, de manera general, desde ese momento. Así lo asume expresamente la propia Orden, en su Fundamento de Derecho Sexto (negrita de esta resolución):*

*Finalmente, entrando ya en la última de las alegaciones presentadas por la representación del expedientado, en la que se hacía, se dice, una llamada de atención a los Instructoras, relativa a la posible vulneración de principios constitucionales que se producirle si la Propuesta de Resolución, tras constatar la*

*existencia de un precedente administrativo admitiese un cambio de criterio o se apartase de aquel, el entender que la infracción no habría prescrito, conviene señalar que:*

- (i) La existencia del precedente administrativo, resultado de la prueba practicada, exigió, según podemos entender, en los términos en los que nos hemos expresado anteriormente. Esto es, se ha constatado la existencia de, como hemos dicho anteriormente, un tratamiento de la prescripción constante, en los casos señalados, sin que conste que ese tratamiento incluyera reflexión expresa sobre la calificación como permanente o no de la infracción del artículo 99 p de la LMV por incumplimiento de la obligación de comunicación de participaciones significativas.*
- (ii) Del citado precedente administrativo se apartó, de forma motivada, el Consejo de la CNMV el pasado 16 de Julio de 2013. Por tanto, fue el Consejo de la CNMV quién desechó la Interpretación que se había mantenido en le CNMV sobre le prescripción de la Infracción del artículo 99 p en relación con las obligaciones del artículo 63 de la LMV y la sustituyó por otra con arreglo a los argumentos jurídicos expresados y que sirvieron de motivación a la desvinculación por parte del Consejo de la CNMV del precedente administrativo.*
- (iii) El citado criterio interpretativo, una vez sentado y asumido, por el Consejo -que es el máximo órgano rector de la CNMV que ejerce todas las competencias atribuidas a la propia Institución (artículo 17 de la LMV y 6 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV) fija la posición a seguir por la CNMV desde ese mismo momento. Nueva posición y criterios que se hacen constar y se asumen en la presente Resolución y que han sido expresados en fundamentos jurídicos anteriores.”*

*En tercer lugar, tampoco puede ampararse el recurrente en una supuesta confianza legítima derivada del precedente administrativo. A este respecto, debe recordarse que el principio de confianza legítima tiene su origen en el Derecho Administrativo alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), y constituye en la actualidad, desde las Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea de 22 de marzo de 1961 y 13 de Julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk) un principio general del Derecho Comunitario, que finalmente ha sido objeto de recepción tanto por nuestro Tribunal Constitucional como por Tribunal Supremo y también por nuestra legislación (artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre).*

*Así, las SSTs de 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012 recuerdan que «la doctrina sobre el principio de protección de la confianza legítima, relacionado con los más tradicionales en nuestro ordenamiento de la seguridad jurídica y la buena fe en las relaciones entre la Administración y los particulares, comporta, según la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - hoy de la Unión Europea - y la Jurisprudencia de esta Sala, que la autoridad pública no pueda adoptar medidas que*

*resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento».*

*Asimismo debe recordarse que, como declaró el mismo Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de noviembre de 2004 (y ha reiterado posteriormente, en muchas otras, por ejemplo, la de 26 de abril de 2010), "debe tenerse en cuenta que el "principio de protección de la confianza legítima del ciudadano" en el actuar de la Administración no se aplica a los supuestos de cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, sino cuando dicha "confianza" se funda en signos o hechos externos producidos por la Administración lo suficientemente concluyentes que induzcan a aquél a confiar en la 'apariencia de legalidad' que la actuación administrativa a través de actos concretos revela (Cfr. SSTs 15 de noviembre de 1999, 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002, entre otras)".*

*En el caso que nos ocupa, debe significarse previamente que el cambio de criterio no afecta al tipo de la infracción, siendo claro que, a pesar de los cambios normativos que se han producido en la configuración del deber desde 1993, su incumplimiento ha sido siempre tipificado como infracción, de manera que es un hecho indiscutible que, con independencia de que la infracción se considere instantánea o permanente, el Sr. B. ha sido en todo momento plenamente consciente de la situación ilícita que suponía la falta de comunicación a la CNMV de la participación del 7,85 % que ostentaba en Bankinter SA.*

*Partiendo de lo anterior, es evidente que en este supuesto no puede el recurrente invocar en su favor la aplicación del principio de confianza legítima, pues esta presupone, de un lado, que la Administración realiza actos que una manera clara y concluyente generan una "apariencia de legalidad" de la situación, y, de otro lado, la buena fe del interesado en la creencia de estar actuando conforme a la legalidad, elementos ninguno de los cuales concurre en este caso, entre otras razones, porque el Sr. B. ha sido en todo momento consciente de la ilicitud que suponía el incumplimiento del deber de comunicación a la CNMV de su participación en el capital social de Bankinter, S.A. Es de significar que este criterio, que ya fue mantenido en la Resolución de 13 de diciembre de 2013, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad desestimando el recurso de reposición presentado contra la Orden Ministerial de 11 de octubre de 2013, que resolvió el expediente nº 12/2011, fue expresamente confirmado por la Sentencia de la Audiencia Nacional de 15 de diciembre de 2014, que pese a apreciar la invalidez de las anteriores resoluciones por la caducidad del procedimiento sancionador, razonaba a este respecto de la siguiente forma (FJ 6), descartando la virtualidad de la argumentación que se mantiene por el*

expedientado:

"En cuanto al criterio aplicado, la resolución sancionadora está motivada en este punto considerando que no concurra prescripción sobre la base de que se trata de una infracción de tracto permanente y no único. Cuestión distinta es que la parte pueda compartir o no tal criterio y por ello se cuestione la prescripción tanto fáctica como jurídicamente pero ello no puede llevar a afirmar la existencia un actuar administrativo arbitrario y tendenciosamente vinculado a la persona del actor por su relevancia pública, ni tampoco se puede hablar de una confíame legítima en la legalidad de su actuar administrativo por la no existencia de circulares fijando criterios concretos orientadores en la materia. Por otro lado un supuesto error invencible de prohibición centrado en la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta no puede llevarse el argumento de la prescripción pues en la posición mantenida por el actor no se parte de que se ignorara la obligación de la declaración de participaciones significativas sino de que se entiende que dicho incumplimiento ya no puede ser sancionado a socaire de la prescripción de la infracción".

Por otro lado, la regularidad procedimental en que la resolución sancionadora no siga la propuesta de los instructores ya fue tratada en la previa sentencia de esta Sala y Sección de 9-12-2014 (Rec. 87/2014) con referencia al primer procedimiento sancionador que fue declarado caducado, FJ 6:

<<"6.- En relación con el argumento de la demanda resumido en el fundamento jurídico antecedente, comenzamos por analizar si el Consejo de la CNMV carecía o no de competencia para actuar como actuó, modificando la propuesta de resolución dictada por los instructores del procedimiento y si ello ha supuesto una irregularidad causante de indefensión material, no meramente formal, hasta el punto de determinar la nulidad.

De conformidad con el art. 18 del RD 1398/1993 la propuesta ha de ser elaborada por "el órgano instructor del procedimiento".

Si examinamos el expediente administrativo vemos que en el acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV por el que se produce la incoación del procedimiento sancionador de 10-11-2012, y de conformidad con lo preceptuado en el art 13 del mencionado RD en cuanto al contenido mínimo, "se nombra instructores a D. PVM y D. PTS" los cuales formularon su propuesta de resolución el 11-3-2013, propuesta que fue notificada al recurrente, en el domicilio y persona designada, el 14-3-2013 sin que se presentasen alegaciones por su parte (si lo hicieron las Fundaciones también concernidas en el procedimiento). A continuación los instructores nombrados procedieron a elevar el expediente sancionador al Consejo de la CNMV y tras una nota de la Dirección General del Servicio Jurídico de la CNMV sobre un punto concreto de la propuesta de resolución de los instructores, la prescripción de conductas infractoras, el Consejo de la CNMV, en su sesión de 16-7-2013, aprueba "una propuesta de resolución modificada" (sic) recogida en anexo al acta, propuesta que se vuelve a notificar a los

interesados, en concreto al hoy actor el 30-7-2013, que presentó alegaciones a la misma en escrito datado el 3-9-2003. Tras ello el Consejo de la CNMV en su reunión de 2-10-2013 aprueba la propuesta de resolución que eleva al Ministro.

De lo obrante en el expediente es palmario que no se vulneró una de las garantías básicas del procedimiento sancionador, la separación de la instrucción respecto de la resolución, ya que la instrucción, incluida la prueba, propuesta de resolución y alegaciones estuvo siempre radicada en la CNMV mientras que la resolución recayó en el Ministro de Economía y Competitividad cuya competencia para ello no ha sido cuestionada y en cuanto la controvertida intervención del Consejo de la CNMV en la instrucción, elaborando una segunda propuesta de resolución que modificaba la inicial de los instructores, el art. 6 de la Resolución de 10-7-2003 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, determina que a dicho órgano corresponde el ejercicio de todas las competencias a las que se refiere el art. 4, entre ellas el ejercicio de la potestad sancionadora.

De esta manera es el órgano al que le corresponde resolver el expediente el que viene limitado por las prescripciones del art. 138-2 de la LRJ-PAC 30/1992 ("En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica") y del art. 20-3 del RD 1398/1991 ("En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con independencia de su diferente valoración jurídica.").

Por ello, es el órgano competente para resolver el que no puede hacerlo atendiendo a hechos distintos a los determinados en la fase instructora ya que son los hechos que se han puesto en conocimiento del interesado como objeto de la acusación y por ello son los hechos en los que se ha centrado la oportunidad de contraataque y defensa mediante prueba y alegaciones, con la excepción de la posibilidad de considerar los hechos que resulten de la práctica de actuaciones complementarias que pueda acordar el órgano competente para resolver que no es el caso de autos. Pero una cosa es que no se puedan introducir nuevos hechos por el órgano competente para resolver y otra muy distinta que éste tenga que seguir necesariamente y en todo caso la valoración del instructor en relación a los mismos y, es evidente, que la posible prescripción de la infracción, aunque se sustente sobre datos fácticos, no es una cuestión de hecho sino de derecho. De ahí que no hay infracción procedimental alguna ni vulneración de derechos del sancionado cuando, como en el caso de autos, no ya el Consejo de la CNMV sino el Ministro no sigue la propuesta inicial de los instructores sino una posterior sobre la que también incidió el trámite de alegaciones.

(...) Por otro lado el que sea excepcional el que no se siga la propuesta inicial del instructor y se proceda a elaborar otra que la sustituya no quiere decir que ello sea ilegal tal y como hemos visto y no en vano para huir de un sistema puramente inquisitorial se establece la separación de fases tanto en el procedimiento sancionador administrativo como en el proceso penal y en el caso de autos, en esa

*segunda propuesta no se introducen hechos nuevos sino una diferente consideración acerca de la prescripción de la infracción, sin que el órgano competente para sancionar interviniese en la misma y respecto de la cual el recurrente pudo efectuar y efectuó alegaciones. (...)*”.

En conclusión habiéndose cesado en la omisión el **30-7-2010**, a la fecha en que se notifica al hoy recurrente (**17-2-2015**) la incoación del procedimiento sancionador (acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de 12-2-2015) que concluye con la resolución sancionadora aquí impugnada, no habían transcurrido los 5 años prescriptivos.

#### **4.- Hechos probados y su tipificación.**

**A.-** Resumidamente se viene a defender que el actor no estaba obligado a presentar comunicación de participaciones significativas del 7,85% de Bankinter, titularidad de la Fundación XYZ, pues no habría tenido ninguna facultad de disposición sobre las acciones de Bankinter que formaban parte del patrimonio, primero del trust y luego de la Fundación y, por consiguiente, no habría estado sujeto al deber de comunicación a la CNMV del incremento de participaciones significativas pues sólo adquirió la titularidad de las acciones en el momento en que se disolvió la Fundación XYZ, con fecha de 28 de julio de 2010: *“Hasta ese momento su condición fue la de simple beneficiario pasivo en situación de expectativa de unos derechos que no se podían ejercer ni consolidar”* (sic).

Este argumento es difícilmente compaginable con el hecho indiscutible de que el hoy recurrente, de motu proprio, realizara la regularización tributaria resultado de la titularidad de dicho paquete accionarial lo que le permitió cerrar la causa penal posteriormente abierta sin enfrentarse a una eventual condena por delito fiscal. Los lógicos motivos de prudencia en no enfrentarse a la incertidumbre de las consecuencias derivadas en relación con las actuaciones de comprobación fiscal serían entendibles si se tratase de controversia en relación a la cuantía de lo defraudado pero no precisamente cuando lo que se defiende es no ser el titular y por tanto no estar obligado fiscalmente siendo que la titularidad, ciertamente oscurecida mediante la artificiosa utilización de trust y fundaciones, usando paraísos fiscales, determinaba no solo la obligación fiscal sino también la obligación de declaración contemplada en el art. 53 de la LMV.

Existen hechos propios de parte que permiten afirmar lo que ahora se viene a cuestionar y en cuanto a la voluntariedad de la regularización tributaria y por ende de la declaración de participaciones significativas subsiguiente, no hay que olvidar que, del Auto del Juzgado de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional de 22-5-2012, en concordancia con el resto de las actuaciones penales incorporadas al expediente, resulta que el antecedente fáctico de la denuncia presentada por la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada estaba en la información que, respecto a clientes del HSBC PRIVATE BANK SUISSE, fue suministrada el 24-5-2010 a la AEAT por las autoridades fiscales francesas (el conocido caso de la “lista Falciani”). La concatenación de fechas y hechos permite afirmar que fue esta información y el procedimiento de control subsiguiente iniciado por la AEAT con remisión de requerimientos para presentar las autoliquidaciones del IRPF o IS con la inclusión de las rentas no declaradas vinculadas a

las cuentas abiertas en el banco HSBC en Suiza, lo que desencadenó que se realizaran las declaraciones complementarias del recurrente y su familia directa- hijos - el 27-7-2010 con las consecuentes asunciones de titularidades de rentas y patrimonio aunque ello, supuestamente, se produjera antes de que el actor recibiera comunicación de la Agencia Tributaria con ocasión de la cuentas de residentes en el HSBC de Suiza (del auto de 15-6-2011 de incoación de Diligencias Previas parece deducirse lo contrario *"TERCERO.-Por su parte, el día 27 de julio de 2.010, y en contestación a similar requerimiento que el efectuado a su hermano E, D. JB... y sus hijos...presentaron las oportunas declaraciones complementarias"*) y así pudiera beneficiarse de la excusa absolutoria en el ámbito penal (art. 305-4 del CP *"4. Se considerará regularizada la situación tributaria cuando se haya procedido por el obligado tributario al completo reconocimiento y pago de la deuda tributaria, antes de que por la Administración Tributaria se le haya notificado el inicio de actuaciones de comprobación o investigación tendentes a la determinación de las deudas tributarias objeto de la regularización o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante procesal de la Administración autonómica, foral o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida, o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias."*) y de hecho cuando el hoy actor regulariza es indiscutible que ya había recibido el requerimiento la otra rama de la familia pues D. EB fue requerido, en los términos anteriormente expuestos, por la AEAT en fecha de 21-6-2010 lo que no impidió que se beneficiara también de la excusa absolutoria pues el auto penal consideró que el procedimiento utilizado por la AEAT para requerir a los obligados tributarios, es un procedimiento de gestión que no bloquea la aplicación del art 305.4 del CP.

El interés familiar que el recurrente viene a esgrimir en cuanto a garantizar la preservación del patrimonio para generaciones futuras pueden alcanzarse sin acudir a los artificios que vengán a encubrir la realidad patrimonial generada con la herencia de su padre y la consiguiente elusión del pago de impuestos y de incumplimiento de obligaciones establecidas para garantizar la transparencia del mercado.

Recordemos que el art. 53 de la LMV 24/1988 remite a una titularidad directa o indirecta y ya desde 1993 al actor, en la herencia de su padre, se le distribuyó el trust anglosajón THE SWANLEY CORPORACIÓN entre cuyos activos se encontraba, precisamente, el 7,85% de Bankinter distribuido en distintas sociedades tenedoras (según información de IBERCLEAR la titularidad de las acciones tenía cuatro nominees). En cuanto al control que el recurrente tenía sobre este paquete accionario a través del trust en la pericial que sirvió de base para el sobreseimiento penal ya se hacía constar que: *"Igualmente, consta la declaración firmada (18/11/2010) por PS, director de "Cumbria International Financial Mangement Limited", entidad que a su vez administra a "Swanley Trust", en la que, entre otros puntos, manifiesta que la misma originariamente fue constituida por D. ELL (fallecido en 1993), y la designación como "Protector" de D. JBG, así como otras serie de circunstancias como las indicaciones del "Protector" sobre el mantenimiento de las inversiones de esa entidad en beneficio propio, y en caso de fallecimiento a favor de sus cinco hijos, por parte iguales, y la posterior transmisión de estas circunstancias, durante el ejercicio 2007, a la entidad XYZ Heritage Foundation".*

Este paquete accionario en marzo de 2007 paso a la Fundación panameña XYZ HERITAGE FOUNDATION (administrada por la entidad XYZ Heritage Corporate Services Ltd domiciliada en las Islas Vírgenes), precisamente, mediante la aportación de las diversas sociedades tenedoras de las acciones (las también panameñas TARSO SA, CALORES INTER, LIPMAN y PENRIL SECURITIES), siendo el recurrente el primer beneficiario ya que solo en caso de fallecimiento, incapacidad o renuncia, el patrimonio se distribuiría a los hijos.

Finalmente el 7,85 % se traspasó a la sociedad CARTIVAL de la que D. JB se imputa el control conforme el art. 4 de la LMV. Y, precisamente, con fecha 30-7-2010 por el recurrente se efectúa la comunicación a la que obliga el art. 53 de la LMV y con esa misma fecha CARTIVAL remite a la CNMV como hecho relevante la información de la adquisición del 7,85 % de Bankinter, pero a tal fecha ni esta disuelta la Fundación (el 28-7-2010 se adopta el acuerdo de proceder a su disolución e iniciar el proceso de liquidación y el día antes 27-7-2010 se presentan las declaraciones complementarias tributarias) ni las entidades depositarias que figuraban como titulares de las acciones las habían traspasado (los traspasos al Sr. B. se efectúan con bastante posterioridad a la declaración, entre el 6 de septiembre y el 24 de noviembre) con lo que nos encontramos con otro acto concluyente de parte que refleja claramente donde radicaba el control último y la titularidad única del paquete accionario que nos ocupa con anterioridad a que se efectuase la declaración y desde que se produce la sucesión por el fallecimiento del padre del actor con independencia de que la regularización tributaria solo debiera extenderse a los ejercicios fiscales no prescritos fiscalmente (2005 a 2009).

El que el nuevo expediente sancionador se incoase por acuerdo de 12-2-2015 exclusivamente contra D. JB es la consecuencia inevitable de la sentencia de esta Sala y Sección de 15-12-2014 (Rec. 87/2014) y de su inmediata firmeza declarada el 27-1-2015, sentencia que declara la caducidad en el recurso interpuesto por el mismo en impugnación de la sanción que le concernía, ya que la sanción impuesta a XYZ HERITAGE FOUNDATION continuaba en vigor al ser objeto de otro recurso contencioso administrativo independiente (Rec. 384/2014) que no fue resuelto hasta sentencia de fecha 16-6-2015, sentencia que también apreciaba la caducidad y que devino firme el 21-10-2015. Precisamente el principio non bis in ídem en su aspecto formal impide que estén abiertos simultáneamente dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos y respecto del mismo sancionado, principio que se habría vulnerado si la Administración hubiera abierto un segundo procedimiento sancionador contra la Fundación XYZ estando pendiente de recurso contencioso administrativo la primera sanción impuesta y sin que fuera aceptable que el regulador hubiera permanecer inactiva en lo que atañe al hoy recurrente ante la posibilidad de que se produjera la prescripción de la infracción dada la fecha en que efectuó la comunicación.

Por otro lado no compete a la presente el enjuiciar si debía haber sido o no sancionada también la Fundación XYZ, si era o no una mera "*persona interpuesta*", sobre la premisa de que sí debe serlo el recurrente ante el indiscutible dominio de la operativa tendente a difuminar la titularidad última del paquete accionario y que conducía, en última instancia, a su persona. Es evidente que es a esta titularidad última a la que viene aparejada la obligación cuyo incumplimiento se sanciona y 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 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 (en el último ranking de Interbrand Bankinter está dentro de las 30 marcas más valiosas de España <https://blog.bankinter.com/economia/-/noticia/2016/1/26/bankinter-mejoraer-marcas-de-espana>) y los derechos de voto que lleva inherentes, al margen de la gestión del día a día en el funcionamiento de ambas entelequias societarias.

Sobre estas premisas de titularidad última y real es sobre las que se maneja el Auto de sobreseimiento libre dictado por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 en las Diligencias Previas 70/2011, auto de 22-5-2012 que, partiendo de la verificación efectuada por dos peritos judiciales en cuanto a la regularización practicada, vino a concluir que era correcta y anterior a que se hubiera incoado, por los órganos de la AEAT, un procedimiento de inspección o de verificación (solo había un procedimiento de gestión), concurriendo, en este caso, la excusa absolutoria del artículo 305.4 del CP. Precisamente las periciales partían de que las declaraciones complementarias presentadas resultaban conformes a los datos verificados, de que tenían su origen en las rentas y activos poseídos por diversas entidades domiciliadas en paraísos fiscales que derivan de la herencia de D. EBL fallecido en 1993 y para ello se manejó, entre otras cosas, notas explicativas remitidas por el propio obligado tributario, documentación acreditativa de la titularidad y documentación bancaria de las entidades cuyas rentas y patrimonios fueron objeto de regularización.

Por último señalar que en la demanda no se reincide para cuestionar la tipificación de los hechos en el particular de D. JB en el supuesto trato discriminatorio que supuestamente habrían recibido el recurrente y la FUNDACION XYZ respecto de su hermano D. EB y las FUNDACIONES ABC y DEF, cuestión suficientemente tratada en el FJ 6 de la resolución de reposición (pág. 76 y ss) en la desigualdad de los hechos base con referencia a lo que constaba en el expediente sancionador 12/2011 y sin perjuicio de lo que se señalará al tratar de la proporcionalidad de la sanción.

**B.-** Obligaciones de comunicación de los Administradores de sociedades cotizadas en el marco del art. 53 de la LMV.

Se argumenta en la demanda que desde el año 2005, solamente tienen obligación de presentar declaración de participaciones significativas en sociedades cotizadas los beneficiarios de fundaciones que ostenten en dichas sociedades el cargo de administrador o directivo y que D. JB dejó de ostentar la condición de consejero en Bankinter en el año 2002 por tanto tres años antes de la entrada en vigor de esta específica obligación.

Resumidamente se viene a defender que la Ley sólo obligaría a comunicar las participaciones significativas a los administradores y directivos que controlen o sean beneficiarios de un negocio jurídico fiduciario que tenga acciones de la sociedad de la que sean consejeros, por lo que la obligación de comunicación del Sr. B. se habría extinguido en 2002, momento en el que cesó en su cargo de administrador de Bankinter y ello con base al art. 9.3 del Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la LMV en materia de abuso de mercado a cuyo tenor: *"Cuando el emisor tenga su domicilio social en España, sus administradores y directivos, así como las personas que tengan un vínculo estrecho con éstos, habrán de comunicar a la CNMV todas las operaciones realizadas sobre acciones del emisor admitidas a negociación en un mercado regulado o sobre derivados u otros instrumentos financieros ligados a dichas acciones (...)*

3. Asimismo, se entenderá por persona que tiene un vínculo estrecho con los administradores o directivos:

(...)

-d) *Cualquier persona jurídica o cualquier negocio jurídico fiduciario en el que los administradores o directivos o las personas señaladas en los párrafos anteriores sean directivos o administradores; o que esté directa o indirectamente controlado por alguno de los anteriores; o que se haya creado para su beneficio; o cuyos intereses económicos sean en gran medida equivalentes a los de los anteriores".*

Esta cuestión aparece contestada en la resolución de reposición (FJ 4 pág. 44):

*"La afirmación de la representación del recurrente no puede sostenerse, puesto el reglamento citado se refiere a una materia distinta y no es de aplicación al supuesto que nos ocupa. El Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado, desarrolla la LMV en relación con el Capítulo II "abuso de mercado" del Título VII "Normas de Conducta" y no tiene conexión con el desarrollo reglamentario de las obligaciones del artículo 53 de la LMV, el cual se contiene, como se exponía en el fundamento de Derecho Cuarto de la Orden, reproducido más arriba, en el Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1986, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea, que es el reglamento que desarrolla la LMV en materia de transparencia y en particular en cuanto al régimen de publicidad de participaciones*

*significativas en sociedades cotizadas (artículos 23 y ss.), circunstancia por otra parte que debe presumirse bien conocida por la representación del Sr. B., puesto que en sus alegaciones presentadas durante la tramitación del expediente ha acudido en numerosas ocasiones a los contenidos del referido Real Decreto 1362/2007, siendo ahora incongruente que, obviando el contenido de este, pretenda construir artificialmente una argumentación que le resultaría más favorable apoyándose en una norma no aplicable a este supuesto que, en el sentido que se interpreta en el recurso, resulta además incoherente con la norma que sí lo es.”*

A lo dicho por la Administración añadimos que la obligación del art. 53 de la LMV, cuyo incumplimiento se sanciona, es una obligación autónoma y no se establece sobre la base de que se sea administrador o directivo del emisor de acciones que estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial en cualquier otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, y que atribuyan derechos de voto que alcancen, superen o se reduzcan por debajo o de los porcentajes que se establecen reglamentariamente. Por el contrario dicha obligación parte de que, directa o indirectamente, se adquieran o transmitan las acciones (titularidad) o de que al margen de la titularidad de las acciones se tenga derecho a adquirir, transmitir o ejercer los derechos de voto atribuidos por las mismas o de que se posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran derecho a adquirir acciones que atribuyen derechos de voto y no en vano el apartado 5 viene a establecer una obligación adicional determina que *“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 artículo 83.bis 4 de esta Ley”* (con referencia a las adquisiciones de valores e instrumentos financieros, emitidos por la entidad en la que desempeñan tales cargos o referenciados a éstos).

En definitiva el recurrente con base a la titularidad indirecta del paquete accionario de Bankinter incumplió la obligación que le imponía el art. 53 LMV por partida doble pues fue Presidente de Bankinter desde noviembre de 1989 hasta marzo de 2002, y tiene la condición de Consejero y Vicepresidente desde 1997. En la web corporativa de Bankinter figura como vicepresidente CARTIVAL SA con nombramiento inicial en 1997 y con expresa indicación de que *“Cartival, S.A.: Sociedad representada en el Consejo por ABN, siendo JB el accionista significativo a quien representa.”* ([https://webcorporativa.bankinter.com/www2/corporativa/es/gobierno\\_corporativo/consejo\\_administracion/miembros\\_consejo](https://webcorporativa.bankinter.com/www2/corporativa/es/gobierno_corporativo/consejo_administracion/miembros_consejo))

## **5.- Desviación de poder y arbitrariedad administrativa.**

Precisamente lo dicho en los fundamentos jurídicos precedentes en cuanto a la regularidad del inicio del segundo procedimiento sancionador tras la caducidad del

primero sobre la base del carácter permanente de la infracción y la correcta tipificación de los hechos que han de considerarse probados excluye la actitud arbitraria y tendenciosamente desviada que se imputa a la CNMV.

Hemos de partir de que en la previa sentencia de esta Sala y Sección de 9-12-2014 (Rec. 87/2014) se desestimó la existencia de irregularidades procedimentales varias en el primer procedimiento sancionador más allá de la paralización que sirvió de base a la caducidad del mismo (resulta curioso por tanto que la recurrente se queje ahora de la rápida tramitación del segundo expediente cuando la falta de celeridad le sirvió para cuestionar el primero) y de que no puede considerarse evidencia de arbitrariedad el que la Administración cambiase su criterio en cuanto al carácter permanente de esta infracción. Nos remitimos a lo ya dicho en dicha sentencia y lo señalado en el FJ 3 de la presente en relación al carácter permanente de la infracción, la motivación en el cambio de criterio y la confianza legítima y en el FJ 4 en cuanto a la justificación de que el acuerdo de incoación del segundo expediente no se dirigiese contra la Fundación XYZ.

En cuanto al argumento reiterado centrado en tachar de arbitrario el obrar administrativo de la CNMV por el mero hecho de cambiar el criterio que se tenía en relación a la consideración de estas infracciones como de tracto único, añadiremos, a lo ya dicho, que es algo que puede ocurrir, y de hecho ocurre, en el marco jurisdiccional y no por eso se tacha a la resolución judicial que establece el nuevo criterio de prevaricadora o de tendenciosamente establecida para el caso concreto en cuyo estudio se establece el nuevo criterio jurisprudencial:

*<<" (...) A este respecto, ha de ponerse de manifiesto que es reiterada la doctrina constitucional que admite sin reservas el cambio de criterio jurisprudencial, siempre que éste no sea arbitrario y esté motivado, sin que quepa pretender de la jurisprudencia un carácter monolítico y estático, puesto que su valor reside precisamente en su dinámica adaptativa y motivada a las nuevas realidades en que se desenvuelven las relaciones jurídicas, teniendo en cuenta la libertad de apreciación de todo órgano jurisdiccional en el ejercicio de su función juzgadora (de conformidad con el artículo 117.3 de la Constitución Española) y la consecuencia de una diferente concepción jurídica igualmente razonable y fundada en Derecho de los supuestos sometidos a su decisión.*

*El Tribunal Constitucional viene entendiendo (entre otras, STC 76/2005, de 4 de abril, recurso de amparo nº 2182/2002) que los cambios jurisprudenciales han de ser conscientes y justificados, con vocación de generalidad suficiente como para impedir su calificación como irreflexivo, arbitrario, ocasional e inesperado, de modo que, cumpliéndose esos requisitos, no podría estimarse vulnerado el principio de igualdad en su vertiente de aplicación judicial de la Ley. Efectivamente, el Alto Tribunal considera que los cambios de criterio jurisprudenciales son legítimos cuando son razonados y razonables (STC 29/2005, de 14 de febrero, recurso de amparo nº 6002/2002). En definitiva, lo que prohíbe el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario, lo que equivale a sostener que el cambio es legítimo, cuando es razonado, razonable y con vocación de futuro, esto es, destinado a ser mantenido con cierta continuidad con fundamento en razones jurídicas*

*objetivas, que excluyan todo significado de resolución ad personam* (por todas, STC 176/2000, de 26 de junio, recurso de amparo nº 6604/1997). De este modo, los cambios de criterio jurisprudenciales no erosionan los principios constitucionales de igualdad ni de seguridad jurídica. En los mismos términos se ha pronunciado esta Sala Tercera del Tribunal Supremo en numerosas sentencias, por todas ellas STS de 5 de julio de 2002, recurso de casación nº 5552/1997, y STS de 22 de diciembre de 2003, recurso de casación nº 5455/1998.">>, (por todos, Auto TS 16-10-2014, Rec. 3634/2013, con el añadido del subrayado).

Es por ello que los cambios de criterio jurisprudenciales, si responden a las premisas anteriores, no erosionan los principios constitucionales de igualdad ni de seguridad jurídica (por todas, STS de 5-7-2002, Rec. 5.552/1997; 22-12-2003, Rec. 5.455/1998; 21-2-2013, Rec. 4461/2010) y por lo ya dicho tampoco se produce esta erosión en el cambio de criterio de la CNMV en cuanto a la reconsideración de estas infracciones como de tracto sucesivo aunque el tema pueda ser discutido y discutible en estrictos términos de dialéctica jurídica.

Conviene también tener presente que en el incidente de ejecución suscitado en relación a la sentencia dictada en el recurso 87/2014 se dictó auto desestimatorio de 20-4-2015, auto que en el particular de la publicación del fallo de la sentencia estimatoria en el BOE, publicación que el recurrente se empeña en tachar de tendenciosamente hecha, se señalaba:

*TERCERO.-En lo que atañe a la publicación se ha cumplido lo ordenado en sentencia que además se correspondía con lo pedido (principio de rogación y congruencia).*

*La parte pidió la publicación en el BOE del fallo y así se acordó, habiéndose producido tal publicación en el BOE del 7-2-2015 que recoge el texto íntegro del fallo (a excepción del pronunciamiento en costas que no afecta al caso ya que va ínsito en el principio de vencimiento que consagra el art. 139-1 de la LJCA), con la rectificación de errores recogida el BOE de 19-2-2015, rectificación limitada al propio título de la Resolución que se publica Resolución de 5 de febrero de 2015, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se publica el fallo de la Sentencia de 15 diciembre de 2014, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo interpuesto don JBG (lo subrayado es lo que se añade) - y que por tanto sustancialmente no repercute en lo ordenado por el fallo siendo que del tenor literal del mismo resultaba la clara identificación del recurrente, del acto recurrido y del exclusivo motivo de la anulación - caducidad del procedimiento sancionador. Es más que evidente que la anulación no tuvo como base la valoración de los hechos sancionados y su calificación.*

*La sentencia, en este concreto aspecto, está ejecutada en sus propios y completos términos sin perjuicio de cualesquiera acciones que el recurrente pudiera ejercitar en restablecimiento de su crédito ante los órganos que considere competentes. Huelga por tanto cualquier valoración acerca comunicados de la CNMV referentes a las decisiones a adoptar posteriores a la sentencia en relación con el recurrente y con respecto a los hechos investigados y de la apreciación subjetiva que pueda tener el*

*recurrente sobre tales decisiones.”*

En cuanto a la actuación arbitraria de la Administración por no haber suspendido el segundo procedimiento sancionador pese a que estaba pendiente de resolverse el recurso de casación interpuesto contra el auto 29-4-2015, confirmado en reposición por auto de 9-6-2015, por el que se inadmitía el recurso interpuesto contra el acuerdo de incoación del segundo expediente sancionador (D. F 1/2015), huelga decir por esta Sala y Sección, siendo igual la circunstancia, tampoco se acordó la suspensión de la sanción ya que en la pieza separada de medidas cautelares que tira del presente recurso se dictó auto de 4-2-2016 desestimando las medidas cautelares de suspensión solicitadas y siendo que el TS en su sentencia de 13-12-2016 (Rec. 2941/2015) desestimó el recurso de casación confirmando la inadmisión del recurso interpuesto contra el acuerdo de incoación y la regularidad de la incoación de un nuevo procedimiento sancionador, tras la caducidad del primero y siempre que no haya prescrito la infracción, aspectos en los que incide el FJ 2 de la presente.

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 del 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.

En definitiva, y en el particular de este segundo procedimiento sancionador, donde la parte quiere ver arbitrariedad no hay más que cumplimiento de la legalidad en las obligaciones que incumben a la CNMV de velar por la transparencia del mercado, obligaciones que implican también las de perseguir y sancionar aun con celo (en el sentido RAE de interés extremado y activo) aquellas prácticas, que como la presente, confrontan directamente la mentada transparencia que se construye, indiscutiblemente, sobre la base de una información abundante y veraz.

## **6.- Proporcionalidad de la sanción.**

Se cuestiona la sanción en su importe (500.000 €) tachándolo como desproporcionado y se viene a defender que la multa a imponer a D. JB debería ser en el tercio inferior, en un importe máximo de 200.000 €, coincidente con la multa que fue impuesta a la Fundación XYZ, negando la ocultación, defendiendo que el supuesto carácter doloso de la conducta del expedientado no puede valorarse para agravar el reproche disciplinario cuando ese dolo ("intención") es un elemento del tipo infractor, ("D. JB no participó en ningún caso en el origen de dicha estructura y que su complejidad fue menor que la que presidió las actuaciones de las Fundaciones ABC y DEF (de las que eran beneficiarios los nietos de la rama de D. EB) respecto de las que no se agrava el reproche disciplinario" sic), que no se benefició operando con esas acciones y lucrándose con las mismas, y reclamando la aplicación de la atenuante consistente en haber subsanado a iniciativa propia a la infracción sobre la base de la comunicación del Hecho Relevante y de los formularios de las participaciones significativas el 30-7- 2010.

De las sanciones posibles para las infracciones muy graves en el art. 102 de la LMV y atendiendo a los criterios de graduación del art. 106 ter 1 de la LMV y 131 de la LRJ-PAC, la resolución sancionadora justifica la sanción de multa en la cuantía impuesta sobre la base de:

*"En el presente caso, de las diversas sanciones previstas en el citado artículo 102 de la LMV sólo resulta aplicable, la de multa, prevista en la letra a), toda vez que el resto de sanciones recogidas en la norma lo son para supuestos de infractores o infracciones de diferente naturaleza, o de especial gravedad que aquí no se aprecia. Atendiendo a las reglas que para su cálculo establece el mencionado artículo, la multa a imponer por la infracción muy grave cometida, puede ser, también de hasta 600.000 euros.*

*En cuanto a la graduación de la multa a imponer, dentro de los parámetros posibles, hay que señalar que no todos los criterios antes citados actúan como atenuantes o agravantes, sino que en primer término habrá que analizar su aplicación al caso concreto y, una vez confirmado este extremo, habrá que proceder a su posterior valoración para atemperar o reforzar el reproche sancionador. Y es que el citado artículo 106 ter de la LMV no contiene un sistema de agravantes y atenuantes, al estilo del Código Penal, sino que recoge una relación de circunstancias o criterios de dosimetría punitiva que, en función de su incidencia en los hechos objeto de reproche, deben determinar el tipo y grado de sanciones a imponer. Así, cuando no concurra alguna de las circunstancias a que se refieren tales criterios, la sanción a imponer no se verá agravada, pero tampoco atenuada.*

*En el presente caso, ha de tenerse en cuenta, a la hora de determinar la sanción a aplicar, por una parte y para atemperar el reproche disciplinario, el no haber sido anteriormente sancionado por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores; y, por otra, de manera cualificada y para agravar el reproche disciplinario, la naturaleza y entidad de la infracción imputada y su carácter doloso por cuanto que uno de los pilares básicos sobre el que se sustenta el mercado de valores es el principio de transparencia, principio que, considerado fundamental para su correcto funcionamiento, implica que se transmita al mercado toda la información relevante para los inversores, que la información que se transmita sea correcta y veraz,*

*y que se transmita de forma simétrica y equitativa y en tiempo útil, principio especialmente vulnerado en el presente supuesto dado que el Sr. B ocultó al mercado y a los inversores, durante nada menos que 17 años, su participación significativa de casi un 8% en Bankinter. Pero es que, además, esta ocultación se produjo a través de una compleja estructura jurídica fiduciaria por él controlada y utilizada como persona interpuesta, titular tan solo formal de aquellas acciones, que vino formada, como entidad cabecera, primero por un trust, y después -a partir de marzo de 2007- por una Fundación de interés privado panameña y por sus sociedades participadas al 100%, también panameñas, propietarias, a su vez, de las acciones de Bankinter. Todo lo cual, y dado que el Sr. B era el titular real y final de las acciones representativas del 7,85% del capital de Bankinter no declarado al registro de participaciones significativas y que permaneció oculto al mercado durante 17 años, aconseja imponer la sanción en su tercio superior y con cierta relevancia económica, esto es, 500.000 euros.(...)*

*A este respecto, no cabe atender a la alegación que se basa en la mera comparación del importe de las sanciones propuestas, con respecto a las multas previamente acordadas en expedientes previos, dado que en cada procedimiento el alcance de los hechos infractores y las correspondientes consecuencias sancionadoras revisten peculiaridades propias y no pueden trasladarse a otros procedimientos, por el hecho de compartir únicamente la misma tipificación.*

*Por otro lado, nada impide apreciar para reforzar el reproche disciplinario el que la infracción fuere cometida con ánimo de ocultación o a título de dolo y, por tanto, mayor o especial entidad en ella (letra a) del artículo 106 ter de la LMV. Ciertamente es que su acreditada presencia ha conllevado la calificación de su conducta como infracción muy grave del artículo 99 p) de la LMV, de modo que ha sido considerada como elemento subjetivo para dar por presente el tipo sancionador, 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.*

*Por otra parte, no procede aplicar como atenuantes las supuestas circunstancias que se alegan concurrentes. La ausencia de ganancias obtenidas con la infracción o de perjuicios graves causados por ella, no ha de ser consideradas puesto que, en principio, no son circunstancias tributarias de la concreta obligación que se sanciona, la no comunicación a la CNMV de participaciones significativas.*

*Por último, la comunicación del Hecho Relevante en 2010 no reúne los requisitos exigidos para que sea considerada como elemento de atenuación y, en todo caso, dicha información se puso a disposición del organismo supervisor y del mercado, con un retraso de 17 años (...)*

Comenzaremos señalando que la proporcionalidad de las sanciones implica que las mismas vengan atemperadas a la particularizada gravedad del hecho en la conjunción de las circunstancias de índole subjetivo (que remiten al infractor) y objetivo (que remiten al

hecho típico) siendo que en el campo administrativo sancionador en general y en el ámbito del mercado de valores en particular, no existe unos criterios de dosimetría similares a los recogidos en el art. 66 del CP y que las circunstancias modificativas difieren de las propias del ámbito penal. Recordemos que no cabe la aplicación automática, sin matización alguna de los principios informadores del derecho penal al procedimiento administrativo sancionador (S. TS 6-10-2003 Rec. 772/1998).

En lo que interesa al caso la resolución está motivada en lo que interesa a la individualización de la sanción impuesta:

A.- En cuanto a la aplicación de la circunstancia a) del art. 106 ter 1: "a) La naturaleza y entidad de la infracción", remite a aspectos objetivos de la misma y no a elementos subjetivos tales como el especial propósito buscado y ha de tenerse presente que unos hechos por sí mismos pueden ser determinantes de una infracción muy grave, como es el caso de autos atendiendo a la constatada intención de ocultación que reconduce a la acción dolosa exigida por el tipo, y dentro de ella merecedores de un especial reproche sancionador dada la entidad de la gravedad sin que ello suponga que la conducta omisiva se tome en consideración tanto para afirmar la infracción como para agravarla (el propio art. 67 del CP impide considerar como circunstancias agravantes o atenuantes las que la Ley haya tenido en cuenta al describir o sancionar una infracción, ni a las que sean de tal manera inherentes al delito que sin la concurrencia de ellas no podría cometerse) y al respecto no es baladí recalcar no solo la trascendencia de la obligación incumplida en el marco de la transparencia del mercado (que viene a integrar el contenido de antijuridicidad de la actuación sancionada) sino también el amplísimo lapsus temporal durante el que el recurrente se mantuvo en su actividad omisiva (17 años, en parte de los cuales ocupaba puestos de administración) sustrayendo al mercado del conocimiento de un hecho de notoria relevancia (un paquete accionario del 7,85 %, más del doble del umbral del 3% fijado por el RD 1362/2007, umbral que para los domiciliados en paraísos fiscales se reduce al 1%, y no de una empresa cualquiera sino de una entidad bancaria que entra dentro de un sector especialmente regulado), y la complejidad y elaboración del artificio societario creado para ello descrito en los previos de la presente con utilización de figuras societarias radicadas en paraísos fiscales.

Así por ejemplo la S. TS de 27/09/2011 (Rec. 418/2009) tras recordar <<" (...) que para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida" >> vino a confirmar la graduación máxima para una sanción impuesta por la CNMV en relación a una infracción muy grave del artículo 99 o) de la LMV (información privilegiada) con base a la naturaleza y entidad de la infracción y de acuerdo a las consideraciones de la de la sentencia de instancia centradas en que en el caso existían especiales "*circunstancias que suponen un ánimo de ocultación como es el hecho de que las operaciones las realice a través de una cuenta financiera de un Banco Suizo en Bahamas.*".

Ha de confirmarse por tanto la aplicación de esta circunstancia.

B.- En cuanto a la circunstancia "c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción", ya hemos dicho que la infracción sancionada no se tipifica con base a resultado alguno beneficioso para el infractor (se sustenta sobre el peligro abstracto para la transparencia del mercado) siendo que las circunstancia c) (posterior circunstancia f) del art. 106 ter de la LMV que remite a las ganancias obtenidas, por su propia configuración, o no concurre o cuando lo hace funciona como agravación.

C.- En cuanto a la circunstancia f) (manejando la nomenclatura utilizada por la resolución y la demanda en atención a la redacción vigente en la fecha de hechos, ya que dicha circunstancia paso a ser la h) del art. 106 ter de la LMV "haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa", partiendo de la "espontaneidad" en el cumplimiento de la obligación omitida que se desarrolla en el FJ 4 de la presente (24-5-2010 se recibe información de las autoridades francesas e inicio de procedimiento de gestión por la AEAT; 21-6-2010 requerimiento a D. EB; 27-7-2010 declaraciones fiscales complementarias; 28-7-2010 se adopta el acuerdo de proceder a su disolución Fundación XYZ e iniciar el proceso de liquidación y 30-7-2010 declaración de hecho relevante) no podemos olvidar que la conjunción de las circunstancias f) y h) del art. 106 ter de la LMV (posteriores h) y j; "j) *La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma.*"), permite centrar la primera de ellas, exclusivamente, en que sea el propio sujeto infractor quién de noticia de los hechos sancionados a los organismos supervisores que es precisamente lo que ocurre en el caso de autos con la comunicación del Hecho Relevante y de los formularios de las participaciones significativas el 30-7-2010 ya que la obligación cuyo incumplimiento se sanciona parte precisamente de su incumplimiento, con independencia del tiempo en que se haya permanecido incumpliendo (ello remite a la circunstancia a) ya tratada) y de que no haya colaborado con posterioridad.

Véase al efecto las Ss. TS 15-3-2017 (2) (Rec. 2078/2014 y 4213/2014) en sanciones impuestas, respectivamente, por la CNMV a una entidad bancaria por remisión de información de carácter financiero y contable que contenía datos inexactos o no veraces, y por el Banco de España a una entidad bancaria por la inobservancia de las obligaciones contables que han de remitirse al Banco de España a fin de garantizar la exactitud y el rigor de la contabilidad de las entidades de crédito, "*como instrumento esencial para su control y en fin, para la consecución de la solvencia de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero*" y, en ambos casos, ya en la resolución sancionadora de base se toma en consideración como criterio atenuante noticia que de los hechos hicieron los propios responsables de la entidad bancaria a los organismos supervisores.

Por tanto habrá de tenerse en cuenta este hecho junto con la atemperación que impone no haber sido anteriormente sancionado por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, circunstancia expresamente reconocida en la resolución recurrida.

D.- Por último en cuanto a la supuesta discriminación sancionadora en el caso del recurrente respecto de las sanciones propuestas para las FUNDACIONES ABC y DEF y que responden a lo que se defiende en la demanda como hechos similares vinculados a la rama de D. EB, la diferencia al caso resulta con claridad de lo expuesto en los folios 88 y ss de la resolución de reposición con base a hechos no cuestionados en su realidad (el concreto papel asumido primero en el trust y después dentro de la fundación dada la condición primer beneficiario de D. JB, funciones administrativas relevantes dentro de Bankinter, proporción del nº de acciones, tiempo durante el que se mantiene la conducta omisiva,...) :

*"C. Finalmente, al motivar las cuantías de las sanciones que se Impusieron en la Resolución del expediente 12/2011 al Sr. B y a las Fundaciones ABC, DEF y XYZ, el Fundamento de Derecho Décimo de la misma ponía de manifiesto las distintas circunstancias que se daban en cada caso, justificando con ello el distinto Importe fijado para cada una de ellas. En este sentido se razonaba:*

*"(...) No solo por el diferente porcentaje sobre el capital de Bankinter afectado por la no comunicación al registro público de la CNMV, el 7,85% en el primer caso, mayor que en el segundo, entre el 3% y el 6%, y que en el tercero, sino, especialmente, porque en el primero la falta de comunicación por XYZ Heritage Foundation como persona interpuesta contribuyó a impedir el conocimiento de la titularidad real de aquel paquete accionarial por D. JB, como único titular, quien era accionista de referencia de Bankinter y quien llegará a ser su Presidente. En el caso de las dos restantes fundaciones no se da esta circunstancia, dado que eran interpuestas de varias personas físicas y ninguna de ellas las controlaba.*

*No obstante, dado que ABC Heritage Foundation, fue titular indirecta del 6% de Bankinter desde el momento de su constitución, septiembre de 2006, -habiéndose ocultado su participación accionarial en Bankinter durante 5 años, siendo los beneficiarios de esta Fundación los seis hermanos B. por partes iguales y que dicha participación se mantiene hasta el 3 de agosto de 2009, momento en que dicha Fundación transmite la mitad de sus activos a la Fundación de nueva constitución DEF Heritage Foundation, siendo en diciembre de 2010 cuando ambas fundaciones distribuyen a partes iguales las acciones de Bankinter, resulta apropiado imponer a esta fundación una sanción, si bien inferior a la que corresponda a XYZ Heritage Foundation, sí superior a la que correspondería imponer a DEF Heritage Foundation, por cuanto, habiendo sido ésta constituida en 2009, la ocultación de la participación en Bankinter que ésta detentaba se prolongó durante tan sólo un año.*

*Todo ello aconseja imponer la multa a las fundaciones en el tercio inferior posible, en su límite superior en relación con XYZ Heritage Foundation, es decir, por importe de 200.000 euros; y en cuantía menor pero teniendo en cuenta las consideraciones ardes realizadas en relación con ABC Heritage*

*Foundation, por Importe de 150.000 y con DEF Heritage Foundation, por importe de 50.000 euros”.*

Resultando dicha falta de control del hecho de que:

*“De acuerdo con lo declarado, las dos Fundaciones ABC y DBF fueron constituidas para gestionar un patrimonio en beneficio de los seis hijos de D. EB a partes iguales, por lo que ninguno de ellos tendría la condición de primer beneficiario, y por tanto, difícilmente se le podría imputar su control o la propiedad última de la totalidad de la participación accionarial en Bankinter a ninguno de los beneficiarios de forma individual” (pág. 87),*

mientras que en el caso de:

*“D. JB, por el hecho de ser el primer beneficiario de la Fundación XYZ habría poseído la discrecionalidad para decidir el sentido del voto atribuido al 7,85% de Bankinter, con independencia de que haya dado instrucciones para el ejercicio del derecho de voto en las distintas Juntas Generales de accionistas de Bankinter.” (pág. 83).*

La conjunción de todo lo expuesto, en la apreciación de una circunstancia moderadora no tenida en cuenta por la resolución sancionadora, se impone atemperar la sanción impuesta en el mínimo del rango superior de su tramo medio (300.000 €) con la consecuente estimación parcial del recurso.

En la medida que la publicación oficial de las sanciones no es sino una consecuencia accesoria -legalmente exigible ex art. 102 de la LMV y art. 275 y 304 del TRLMV - de aquéllas, y dada la estimación, aun parcial, de conformidad con lo pedido en la demanda, una vez firme la presente por la Administración demandada se publicará en el BOE el fallo de la misma.

**7.-** 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 los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, sin que se aprecie mala fe o temeridad que determine imponérselas especialmente a una de ellas.

## FALLO

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

**1.- ESTIMAR parcialmente** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la

representación procesal de **D. JBG** contra la resolución de 23-12-2015, dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 7-7-2015 por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia,

**2.- anular la resolución/es impugnada/s en el exclusivo particular de que la sanción a imponer por la constatada infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A, teniendo en cuenta la entidad de la infracción, la ausencia de sanciones previas en este ámbito, y el haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, es la de 300.000 € (TRESCIENTOS MIL EUROS).**

**3.-** Sin imposición de costas.

Firme la presente la Administración deberá proceder a publicar en el BOE el fallo de la presente resolución.

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

## **VOTO PARTICULAR**

**Voto particular que formula el Magistrado D. Francisco Díaz Fraile, al que se adhiere el Magistrado presidente D. José Félix Méndez Canseco, en relación con la sentencia recaída en el recurso contencioso-administrativo nº 1/2016.**

En Madrid a once de enero de dos mil dieciocho.

Para dejar constancia –con valor testimonial- de mi discrepancia respecto de la sentencia dictada en el recurso nº 1/2016 pues -desde mi punto de vista- debió estimarse la prescripción al tratarse de una infracción de estado, con la consecuencia de anular las resoluciones recurridas y la sanción impuesta.