

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE MARZO DE 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 721/2020
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital de fecha 26 de febrero 2020 que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 28 de marzo de 2019.
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a uno de marzo de dos mil veintidós.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido BANKIA MAPFRE VIDA S.A., CCM VIDA Y PENSIONES DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., BANKINTER SEGUROS DE VIDA, S.A., MAPFRE ESPAÑA COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS S.A., MAPFRE VIDA S.A., BANKINTER SEGUROS GENERALES, S.A., representados por la Procuradora D^a. NMS contra el MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL, representado por el abogado del Estado, sobre MULTAS Y SANCIONES siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del MINISTERIO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL y es la resolución que desestimó el recurso de alzada formulado por las hoy recurrentes contra una anterior resolución de 28-3-2019 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV).

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, finalizado el periodo de prueba y finalizado el periodo de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 22-2-2022, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna una resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada formulado por las hoy recurrentes contra una anterior resolución de 28-3-2019 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que les había impuesto determinadas sanciones, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Las sanciones litigiosas se impusieron como reacción a la comisión por las recurrentes de una infracción grave del artículo 296.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (Ley del Mercado de Valores -LMV-), cuya infracción consistía en el incumplimiento de las reglas de composición y de atribución de funciones de las comisiones de auditoría de las entidades de interés público contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio (Ley de Sociedades de Capital -LSC-).

La demanda rectora del proceso articula -en síntesis- los siguientes motivos de impugnación: infracción del principio de tipicidad; arbitrariedad en la interpretación y aplicación de la normativa por parte de la Administración demandada, más vulneración del derecho de defensa en cuanto acceso a la prueba; vulneración del principio de culpabilidad; y violación del principio de proporcionalidad. La demanda termina impetrando que se declare nula de pleno derecho o se anule la resolución impugnada, revocándola.

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

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

Trataremos de ser claros y precisos -amén de congruentes- en la resolución de la litis, cumpliendo así el correspondiente mandato de las leyes procesales.

Evitaremos también -en aras a la brevedad- reproducir textos normativos sobradamente conocidos por los contendientes, lo que no excusará su cita concreta, y abordaremos así directamente los problemas que se plantean en el thema decidendi.

Estudiamos a continuación los motivos de impugnación de la demanda.

El primer motivo de impugnación apunta a la infracción del principio de tipicidad. Damos aquí por reproducida toda la doctrina sobre este principio (que las partes conocen perfectamente), y podemos anunciar ya la desestimación de este primer motivo de impugnación, que explicamos a continuación.

El tipo de infracción aplicado es el contemplado en el artículo 296.1 de la LMV. Pero este precepto no se comprende sin la disposición adicional tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio (Ley de Auditoría de Cuentas -LAC-), siendo de advertir que las recurrentes son entidades de interés público ex artículo 3.5 de esta última ley. Ahora nos interesan los apartados 1, 2 y 3 de la precitada disposición adicional tercera de la Ley 22/2015. El apartado 1 establece una norma general, el apartado 2 arbitra una solución de cumplimiento equivalente para determinados supuestos, y el apartado 3 dispensa a ciertas entidades de interés público de la obligación de tener una comisión de auditoría (cuya obligación es la norma general). Todos estos preceptos constituyen un grupo normativo, y el tipo infractor ex artículo 296.1 de la LMV necesita integrarse con la disposición adicional tercera de la LAC, de tal manera que ambas normas completan el tipo infractor de referencia, y a las que es necesario agregar el artículo 529 quaterdecies de la LSC por remisión expresa de las dos anteriores.

Dicho lo anterior, podemos decir ya que el referido grupo normativo cumple de modo suficiente las exigencias del principio de legalidad, y ello tanto en su vertiente formal como material, que supone el principio de tipicidad. La norma general es clara en cuanto a que "las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real

Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio”, siendo así que el incumplimiento de este deber aparece definido como infracción en el artículo 296.1 de la LMV. Ambas normas son claras en cuanto a la existencia del deber y las consecuencias de su incumplimiento, y los apartados 2 y 3 de la disposición adicional tercera de la LAC vienen a precisar una modalidad de cumplimiento equivalente de dicho deber así como determinadas entidades de interés público que están dispensadas de dicho deber, por lo que tales entidades no serían sujetos activos de la infracción de referencia si no cumplieran la norma general. Todo esto es llano y deriva de una simple lectura de los correspondientes textos normativos. Ahora bien, lo anterior no puede ocultar que se producen ciertas disonancias si atendemos a un contexto normativo más amplio y consideramos la regulación de los órganos rectores de las aquí recurrentes en la Ley 20/2015 (LOSSEAR) y en el Real Decreto 1060/2015 (ROSSEAR) y su proyección en el nombramiento de los miembros de la comisión de auditoría a la luz de la normativa relativa a dicho nombramiento que se contiene en la LSC. Estas disonancias han sido aprovechadas por las ahora demandantes, cuyas tesis, sin embargo, no resultan plausibles. Tales disonancias podrían plantear problemas o dudas en el procedimiento de designación o nombramiento de los miembros de la comisión de auditoría, cuyos problemas o dudas podrían encontrar cauces de solución que no son ahora del caso, pero tales problemas o dudas no pueden enturbiar el claro deber que deriva de la norma general de la disposición adicional tercera.1 de la LAC, cuyo incumplimiento claramente se tipifica en el artículo 296.1 de la LMV. Esto es lo importante hic et nunc a los efectos que nos ocupan, y no puede decirse que aquellas disonancias implicasen antinomias que imposibilitaran el cumplimiento de la norma general, pues la norma general se refiere solo a la composición y atribuciones de la comisión de auditoría, cuyos extremos aparecen claramente regulados en la LSC. A todo lo anterior es de añadir que el grupo normativo que integra el tipo infractor aplicado no solo es claro, sino también completo y no necesitado de ulterior desarrollo, y ello sin perjuicio de los esfuerzos desplegados por la Administración demandada para despejar las dudas que la novedad normativa pudo levantar en el sector de las recurrentes. Por último, la infracción sancionada presupone lógicamente y con toda evidencia la constitución de la comisión de auditoría, por lo que la alegación impugnativa que cuestiona la tipicidad con el juego del verbo “carecer” (que no estaría incluido en la definición de la infracción imputada a las actoras) se revela de todo punto artificiosa.

Corolario de lo precedentemente expuesto es que tanto el artículo 296.1 de la LMV como la disposición adicional tercera de la LAC ningún reproche merecen desde la alegada por la actora perspectiva de la tipicidad de la infracción.

Con lo dicho hasta ahora no hemos agotado todavía el tema de la tipicidad pues la parte demandante defiende que le eran aplicables los apartados 2 y 3 de la disposición adicional tercera de la LAC, lo que excluiría la tipicidad de su conducta, puntos estos que hemos de analizar con la precisión que anunciamos más arriba.

Las demandantes no pueden acogerse al apartado 2 de la disposición adicional tercera de la LAC por la sencilla razón de que el órgano a que apelan con funciones equivalentes a las de la comisión de auditoría no era propio, sin que las dudas que al respecto suscitan las recurrentes puedan recibir una favorable acogida desde el momento en que el tipo infractor imputado se encuadra legislativamente dentro de las infracciones por

incumplimiento de medidas de organización interna y que la normativa nacional aplicada no contraviene la normativa comunitaria que se invoca por la recurrente.

Por otra parte, las demandantes tampoco pueden ampararse en el apartado 3 de la disposición adicional tercera de la LAC en la versión vigente en el tiempo de los hechos y del expediente sancionador al no cumplir las mismas todos los requisitos prevenidos en la letra d) de dicho apartado 3, que es la norma que aquellas invocan en su favor.

En conclusión, procede rechazar la alegada infracción del principio de tipicidad, cuyas exigencias se cumplen en el caso tanto en el plano normativo como en el de la aplicación de la norma por las resoluciones aquí impugnadas.

Cuestión distinta es la que surge por la modificación de la disposición adicional tercera 3.d) de la LAC en virtud de la Ley 5/2021, de 12 de abril, cuya cuestión abordaremos en un fundamento jurídico posterior en orden a su incidencia en la suerte del presente recurso contencioso-administrativo.

CUARTO.- Cuanto se ha dicho anteriormente respecto de la tipicidad de la infracción imputada impide estimar la alegación impugnativa de la demanda sobre una pretendida arbitrariedad en la interpretación y aplicación de la normativa por la Administración demandada, cuya alegación debe claudicar.

Tampoco es de recibo la alegación de la demanda que apunta a una supuesta vulneración del derecho de defensa en su aspecto de acceso a la prueba. En la vía administrativa se denegó la prueba pretendida por la parte interesada al haberse solicitado en la alzada contra lo dispuesto en el artículo 118.1 de la Ley 39/2015. En esta sede judicial se denegó también, siendo de añadir que no apreciamos la necesidad de acordar dicha prueba como diligencia final pues a lo ya dicho al respecto podría agregarse que la práctica de la meritada prueba estaba al alcance (al menos en parte) de los propios medios de la parte actora y que dicha prueba no iba dirigida a acreditar concretos y precisos hechos alegados, sino que tenía más bien un designio exploratorio respecto de particulares hechos que no se alegaban de modo asertivo y categórico en la demanda.

QUINTO.- Lo dicho hasta ahora impide estimar igualmente la alegada por la parte actora vulneración del principio de culpabilidad. Tan solo cabría insistir que la normativa aplicada cumplía las exigencias de la tipicidad y que, por tanto, satisfacía también el canon de previsibilidad, por lo que es de concluir en que las demandantes actuaron culpablemente, concurriendo así el elemento esencial de la culpabilidad.

SEXTO.- Por último, no se aprecia infracción de los alegados principios de mínima intervención y de proporcionalidad en la incoación del expediente sancionador y en la determinación de las respectivas sanciones impuestas, y ello dadas las circunstancias que precedieron a dicha incoación y que las atenuantes que se invocan carecen de significación relevante para rebajar dichas sanciones, cuyas sanciones se impusieron en la parte baja del grado mínimo o inferior, estando, además, dichas sanciones debidamente motivadas.

SÉPTIMO.- El documento presentado por la actora con fecha de 5-4-2021 es inane para la resolución de la litis pues, aparte de otras posibles consideraciones (carece de la relevancia que pretende otorgarle dicha parte), ni siquiera tiene la naturaleza de resolución administrativa, por lo que no procede su admisión, y en cualquier caso su alcance sería nulo para la decisión de la litis (lo que se deja dicho a los efectos del artículo 271 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

OCTAVO.- La versión actualmente vigente de la disposición adicional tercera.3.d) de la LAC es el resultado de la modificación operada por el artículo 5.4 de la Ley 5/2021, siendo así que dicha versión favorece a las entidades sancionadas Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., y Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A. (es de subrayar que Mapfre España se ha subrogado en la posición de Mapfre Global Risks en el expediente sancionador de referencia tras la operación de escisión de esta última, por lo que en el actual proceso ocupa la posición que esta última entidad hubiera tenido) pues para ellas se cumple que el comité de auditoría de la entidad dominante del grupo asumió las funciones de la comisión de auditoría y además estaban íntegramente participadas por dicha entidad dominante (Mapfre, S.A.), de donde que según esta nueva versión (hoy vigente) las susodichas entidades no estaban obligadas a tener una comisión de auditoría. Ya hemos dicho más arriba que esta disposición tercera.3.d) de la LAC coadyuva a integrar el tipo infractor ex artículo 296.1 de la LMV en cuanto que define el ámbito de los posibles agentes o sujetos activos de la infracción, y en esta medida reviste carácter sancionador, por lo que tiene efecto retroactivo respecto de las sancionadas Mapfre España y Mapfre Global Risks (vid. artículo 26.2 de la Ley 40/2015; según la doctrina del Tribunal Constitucional -por todas, STC nº 85/2006, de 27 de marzo- el principio de retroactividad de la ley sancionadora más favorable se deduce a contrario sensu del artículo 9.3 CE; por otra parte, el artículo 15.1, in fine del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 49.1, in fine de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea reconocen el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, y, en fin, la jurisprudencia del TEDH admite desde la sentencia -Gran Sala- del caso Scopola contra Italia de 17-9-2009 que el artículo 7.1 del CEDH garantiza también implícitamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable). En conclusión, Mapfre España y Mapfre Global Risks no podían ser sujetos activos de la infracción por la que se les sancionó con arreglo a la nueva normativa, que al favorecerlas tiene efecto retroactivo, por lo que el actual recurso debe estimarse para ellas y anularse las sanciones impuestas. Sin embargo, el resto de las entidades sancionadas no pueden beneficiarse de esta nueva normativa al no cumplir el requisito de estar íntegramente participadas por la entidad dominante del grupo, por lo que, y en contemplación a lo expuesto en anteriores fundamentos jurídicos, respecto de las mismas el recurso debe desestimarse, con confirmación de las condignas sanciones.

En definitiva, procede la estimación parcial del recurso en los términos que hemos visto.

NOVENO.- Al estimarse en parte el recurso no procede hacer una especial imposición de costas (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Estimar en parte el recurso.
- 2) Anular en lo menester las resoluciones recurridas en cuanto a las sanciones impuestas a Mapfre España, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., y a Mapfre Global Risks, Compañía Internacional de Seguros y Reaseguros, S.A., cuyas sanciones se anulan y quedan sin efecto, debiendo, en cambio, desestimar el recurso en lo demás, confirmándose el resto de las sanciones.
- 3) No hacer una especial imposición de costas.

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

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