

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE NOVIEMBRE DE
2010**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recuso nº: 596/09
Ponente: Doña Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de julio de 2009 que confirma enalzada Resolución de la CNMV de 18 de marzo de 2009.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintitrés de noviembre de dos mil diez.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 596/09 promovido por **"G., SL"** representado por el Procurador de los Tribunales Don F.V.M contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de julio de 2009 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 18 de marzo de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se acuerda imponer a "G., SL" por la comisión de una infracción grave de la Ley de Mercado de Valores una multa de 30.000 euros. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 30.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El 7 de octubre de 2009 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora formalizó la demanda en escrito de 23 de abril de 2010 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando *"dicte sentencia por la que anule la resolución de fecha de 2 de julio de 2009 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se acordó desestimar el recurso de alzada interpuesto por "G., SL" contra la previa resolución de 18 de marzo de 2009 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se impuso a mi representada una multa por importe de 30.000 euros, dejando sin efecto la mencionada sanción impuesta a "G., SL"*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

No solicitado el recibimiento a prueba, presentadas conclusiones se señaló para votación y fallo el 16 de noviembre de 2010.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de julio de 2009 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de

18 de marzo de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se acuerda *"imponer a la entidad "G., SL" por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 letra j) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo establecido en el artículo 83 bis 4) del mismo texto legal, por la no comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la venta, el 7 de febrero de 2007, de un contrato de opción put a BBVA sobre 11.000 acciones ordinarias de la sociedad emisora Astroc Mediterráneo SA una multa por importe de treinta mil euros (30.000 euros)"*.

SEGUNDO.- La parte actora al objeto de fundamentar el recurso realiza siguientes alegaciones:

1) Existen graves irregularidades que lo vician de nulidad, habiéndose causado lesión e indefensión a "G., S.L." que concreta en la existencia de una mutación de cargos, en una improcedente apertura de periodo probatorio al no haber ninguna controversia fáctica que resolver.

2) Falta de culpabilidad y la vulneración de los principios de proporcionalidad, tipicidad y legalidad de la imposición de sanción.

El Abogado del Estado señala que la resolución es conforme a derecho y no aprecia la existencia de irregularidades procesales alegadas por la actora ni en la graduación y tipificación de la conducta.

TERCERO.- En relación a las irregularidades en la tramitación del expediente ciertamente como señala el recurrente tanto en el acuerdo de incoación del expediente sancionador del Comité Ejecutivo de la CNMV de 14 de mayo de 2008, en el Pliego de Cargos de 17 de junio de 2008 se le imputó a "G., SL" la comisión de una presunta infracción del artículo 53 LMV proponiéndose sanción de carácter muy grave ex artículo 99 letra p) LMV. Sin embargo en la propuesta de resolución y en el acuerdo del Consejo de la CNMV por el que se resolvió el expediente sancionador se consideró que los hechos imputados (que no han variado) incumplían no el artículo 53 LMV sino el artículo 83 bis 4) proponiéndose sanción de carácter grave, diferente a la original del ex artículo 100 letra j) LMV.

No se aprecia que exista irregularidad alguna ya que el artículo 16.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por RD establece que *"si como consecuencia de la instrucción del procedimiento resultase modificada al determinación inicial de los hechos, de su posible calificación, de las sanciones imponibles o de las responsabilidades susceptibles de sanción, se notificará todo ello al inculpado en la propuesta de resolución"*. El hecho de que no haya habido una modificación de los hechos no excluye la posibilidad de variar la calificación jurídica de los mismos y variar el tipo infractor ya que está expresamente permitido. No se aprecia por tanto ninguna irregularidad procedimental, teniendo en cuenta que tras la propuesta de resolución en que se ha variado la calificación jurídica de los hechos (son ahora constitutivos de infracción grave y no muy grave) se le ha dado trámite de audiencia.

La sentencia el Tribunal Constitucional que cita en la demanda 160/1994 se refiere a un supuesto de modificación sustancial de los hechos imputados que no es el supuesto

que aquí concurre en que no se han variado los hechos. Así el Tribunal Supremo de forma reiterada ha señalado que *“derecho a ser informado de la acusación, que con la categoría de fundamental se garantiza en el artículo 24.2 de la Constitución, se satisface normalmente en el procedimiento administrativo sancionador a través de la notificación de la propuesta de resolución, pues es en ésta donde se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa, integrado, cuando menos, por la definición de la conducta infractora que se aprecia, y su subsunción en un concreto tipo infractor, y por la consecuencia punitiva que a aquélla se liga en el caso de que se trata* (sentencia del Tribunal Supremo de 2 de noviembre de 2009 que a su vez se remite a la STS de 15 de septiembre de 1999 y 21 de abril de 1997, 2 de junio de 1997, 6 de junio de 1997, 16 de marzo de 1998, 24 de abril de 1999 y 6 de mayo de 1999).

En cuanto al hecho del que el artículo 36.3 del Reglamento de Régimen Interior de la CNMV establezca que el informe razonado de los servicios *“especificará los posibles incumplimientos,, la norma o normas presuntamente vulneradas y cuantas circunstancias puedan aclarar o precisar la conducta irregular advertida”* no modifica los razonamientos anteriores ya que expresamente el artículo 16.3 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora permite variar la calificación jurídica de los hechos en la propuesta de resolución.

CUARTO.- En cuanto a la apertura de oficio del período de prueba, tal como señala el recurrente era improcedente al no concurrir los requisitos establecidos en el artículo 80 de la Ley 30/92 por cuanto no había ninguna controversia fáctica que resolver ni la naturaleza del procedimiento lo exigía ya que en ningún momento se ha cuestionado la realidad de los hechos sancionados consistentes en la no comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la venta, el 7 de febrero de 2007, de un contrato de opción put a BBVA sobre 11.000 acciones ordinarias de la sociedad emisora Astroc Mediterráneo SA. No obstante ello esta irregularidad procedimental no causa indefensión alguna ya que lo que vulneraría el derecho de defensa es la denegación del derecho a la práctica de las pruebas solicitadas que sean relevantes y con las garantías formales necesarias. El hecho que el Instructor solicitara un informe a la Dirección de Informes Financieros y Contables en ese periodo de prueba no se aprecia cause indefensión por cuanto el Instructor podía solicitar el mismo conforme a lo dispuesto en el artículo 5 del Real Decreto 2119/1993 de 3 de diciembre que por el que se regula el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros y que establece que *“El instructor podrá solicitar que se emitan cuantos informes técnicos o jurídicos sean necesarios, atendiendo a la complejidad de la materia”*.

QUINTO.- En cuanto al principio de tipicidad señala que la lectura detenida del artículo 83 bis 4) lleva a la conclusión de que el mismo no establece una obligación concreta de remisión de documentación sino que es una norma habilitante para la CNMV de tal manera que lo incumplido es un precepto reglamentario (artículo 9 del Real Decreto 1335/2005 de 11 de noviembre). El artículo 83 bis 4) establece que 4: *“El Ministro de Economía y, con su habilitación expresa, la Comisión Nacional del Mercado de Valores, podrán establecer medidas con carácter obligatorio en desarrollo de este artículo. En especial determinarán la forma y plazos en que los administradores y directivos, y aquellas personas que tengan un vínculo estrecho con ellos, deben informar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y al público en general sobre las adquisiciones de valores e instrumentos*

financieros, emitidos por la entidad en la que desempeñan tales cargos o referenciados a éstos". De la lectura de este precepto se observa tal como señala la resolución recurrida que la habilitación a la CNMV que realiza el artículo no se refiere a la imposición de la obligación sino a la forma y plazos en la que los administradores deben dar cumplimiento a la misma.

SEXTO.- En cuanto a la falta de culpabilidad considera el recurrente que se ha impuesto la sanción de forma automática sancionándose por el mero hecho de no comunicar, habiéndose imputado una responsabilidad objetiva sin considerar las especiales circunstancias concurrentes en "G., SL" que si bien ostentaba la condición de consejero de la sociedad emisora no es un profesional del sector financiero, ni se dedica profesionalmente a actividades relacionadas con el sector financiero siendo su objeto social *"gestión y control de las participaciones que mantiene la sociedad en otras compañías, toda clase de operaciones sobre bienes muebles e inmuebles, así como la explotación de centrales hidroeléctricas"*. En la resolución sancionadora y la que resuelve el recurso de alzada se ha dado respuesta a esta alegación señalando que la culpabilidad no requiere una intención de vulnerar el ordenamiento jurídico sino que basta la simple negligencia apreciándose que en este caso no observó la sociedad recurrente el cumplimiento de sus obligaciones el nivel de diligencia que le era exigible teniendo en cuenta su condición de administrador de una sociedad emisora cotizada y como tal obligado por la LMV a concretas obligaciones de comunicación de sus operaciones sobre los valores de aquellas al constituir una información relevante para los inversores, en cuanto indicativa de la confianza en sus perspectivas y el precio que les asignan, como un elemento preventivo de abuso de mercado e instrumento básico de supervisión para la CNMV.

SEPTIMO.- En cuanto al principio de proporcionalidad señala que no se ha tenido en cuenta que la Compañía no tuvo ningún beneficio económico con la operación de ejecución de la opción de compra comunicada, ni tampoco obtuvo rentabilidad por el hecho de no comunicar la opción contratada con BBVA y ya se razona en la resolución sancionadora que esas circunstancias no tienen incidencia en el tipo infractor al ser circunstancias que no pueden proyectarse sobre la conducta imputada consistente en la obligación de comunicar la firma de un contrato de opción, habiéndose impuesto la multa dentro de su tercio menor al apreciar como circunstancia atenuante el no haber sido anteriormente sancionado y como circunstancia agravante la especial naturaleza y entidad de la infracción cometida por el número relevante de acciones de la sociedad cotizada (110.000 acciones, el 0,03% de su capital), teniendo en cuenta que la obligación de comunicar es respecto de cualquier número de acciones.

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

FALLAMOS

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por **"G., SL"** contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de julio de 2009 que desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 18 de marzo de 2009 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por la que se acuerda imponer a "G., SL" por la comisión de una infracción grave de la Ley de Mercado de Valores una multa de 30.000 euros que se declara en los extremos examinados conforme a derecho.

Sin expresa imposición de costas.

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

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