

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE DICIEMBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 886/2016
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 23 de diciembre de 2016, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 18 de mayo de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a tres de diciembre 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 886/2016**, se tramita a instancia de **D. GSU** representado por el Procurador D. JMJ contra la resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 23 de diciembre de 2016 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 20 de mayo de 2016 por la que se impuso una sanción por importe de 100.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad y es la Resolución de fecha 23 de diciembre de 2016.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dió 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 del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora, con el resultado que obra 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 quedando los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 27 de noviembre de 2018 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución objeto del presente recurso contencioso administrativo fue dictada por el Ministerio de Economía y Competitividad el 23 diciembre 2016, desestimando el recurso de alzada en su día interpuesto contra resolución del Consejo

de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 20 mayo 2016, por la que se impuso a GSU una sanción por importe de 100,000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, artículo 99, letra p) de la ley 24/1988, de 28 julio, actual artículo 282.3 del real decreto legislativo 4/2015, de 23 octubre, del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores; en relación con el artículo 53 del mismo texto legal, actualmente artículo 125 del texto refundido, por incumplimiento de los deberes de información a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con la comunicación de operaciones con acciones de la sociedad cotizada IBERPAPEL GESTIÓN, S.A., en su condición de administrador de esta.

SEGUNDO.- Alega, en síntesis, la parte recurrente infracción de los principios de tipicidad y de culpabilidad, así como del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

El demandante acepta los hechos imputados en la sanción que se le impuso, admitiendo que omitió comunicar a la autoridad correspondiente en plazo determinado número de operaciones de participaciones significativas de la referida sociedad cotizada.

Según el artículo 99 de la Ley y del Mercado de Valores *“Constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: (...) p) La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 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”*.

La finalidad de la norma no es otra que la de procurar la eficiencia del mercado, su integridad y transparencia, de modo que todos los que en él intervienen tengan la misma información. Es fundamental para el adecuado funcionamiento de los mercados que la información de que disponen los inversores sea leal, fidedigna, clara, suficiente, actualizada y difundida en tiempo útil. Las sociedades que cotizan en el mercado secundario deben por lo tanto suministrar en tiempo toda la información que tenga incidencia sobre la cotización de sus acciones. Tanto la información contable financiera de carácter regular, trimestral, semestral y anual auditada, como también suministrar información inmediata de hechos o informaciones relevantes cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonable en sus decisiones y por lo tanto pueda influir en el precio de la cotización de las acciones.

La ley exige a los administradores de las sociedades cotizadas un deber especial de diligencia, en concreto, en lo que ahora interesa, el deber de comunicar sus operaciones sobre valores de esas sociedades. El artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores (actual artículo 125 del texto refundido), prevé en su apartado cinco 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”.

El real decreto 1362/2007, de 19 octubre, desarrolla los requisitos de transparencia relativos a la obligación de información de los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la unión europea (artículo 31). Y en lo relativo al plazo de aplicación de las notificaciones que realicen los administradores de las sociedades emisoras, el artículo 35 de dicho reglamento establece que referido plazo será establecido en el artículo 9 del real decreto 1333/2005, de 11 noviembre, de desarrollo de la ley 24/1988, de 28 julio, del mercado de valores, en materia de abuso del mercado. Y dicho artículo 9 prevé en su apartado cuatro que la notificación a que se refiere debe efectuarse en los cinco días hábiles siguientes a aquél en que tiene lugar la transacción.

Y según lo previsto en el artículo 99, letra p) de la Ley del Mercado de Valores, más arriba mencionado, constituye infracción muy grave de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de la ley la inobservancia de indicado deber de información cuando exista un interés de ocultación o bien negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido.

Así pues, la sanción impuesta a don GSU en su condición de consejero de IBERPAPEL GESTIÓN, S.A. al haber comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores con retraso la realización de 20 transacciones sobre acciones de dicha entidad, que afectaron a 163,300 acciones (18 operaciones de venta de 48,300 acciones y dos donaciones por un volumen de 118,000 acciones, producidas durante un largo intervalo temporal, entre el 29 enero 2013 y el 22 diciembre 2014, con una relevante demora de entre 543 y 48 días hábiles bursátiles y haberlo hecho sólo tras haber recibido un requerimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores exigiéndole la comunicación de la información correspondiente.

En consecuencia, concurre el requisito de tipicidad de la conducta infractora, apreciándose negligencia grave en la del recurrente, tanto por la relevancia de la comunicación que no realizaba en plazo, 20 operaciones realizadas sobre 166,300 acciones, que representaba un 1.478% del capital, como por la demora en que incurrió, de entre 543 y 48 días hábiles bursátiles. Aparte de que, como razona la administración demandada, no nos encontramos frente a una falta de comunicación de determinadas operaciones que haya tenido lugar de forma aislada, pues este tipo de retrasos ha sido reiterado por el demandante, porque son 20 las operaciones comunicadas con demora, una en enero de 2013 y 19 diciembre 2000 13 diciembre 2014 y ya en el momento de su nombramiento como consejero notificó su participación (187,825 acciones) con demora, como también se demoró en la notificación de las operaciones realizadas entre el ocho y el 25 enero 2013, a partir de 23 días hábiles bursátiles de demora.

También ha de precisarse que para la comisión de la infracción cuestionada no es necesario que se hayan derivado perjuicios a terceros. Téngase en cuenta que se trata de infracciones de peligro o simple riesgo. Y tampoco es preciso que se aprecie un dolo o interés de ocultación, porque para la inclusión en el tipo basta actuar, como es el caso, con negligencia grave.

También carece de virtualidad anulatoria la alegación formulada por la parte recurrente en el sentido de que los retrasos han sido debidos a errores de las personas encargadas de la gestión o a la creencia que el banco depositario era el encargado de realizar las notificaciones. Y es que en este caso ha sido sancionado precisamente el administrador de una sociedad cotizada, que tiene el deber de conocer tanto los derechos como las obligaciones derivadas de su cargo y alta responsabilidad.

La sanción impuesta debe considerarse respetuosa con el principio de proporcionalidad, atendiendo al cálculo establecido en el artículo 102 de la Ley del Mercado de Valores y considerando que la multa a imponer por una infracción muy grave podría haber llegado hasta los 600,000 euros, habiéndose observado para la determinación y valoración de las sanciones los criterios establecidos en el artículo 106 ter de la Ley del Mercado de Valores (actual artículo 310 del texto refundido), que remite a la Ley de Régimen Jurídico del Procedimiento Administrativo común. Las alegaciones de la parte recurrente en orden a obtener una rebaja de la sanción en su cuantía o la reducción en su gravedad, carecen igualmente de virtualidad habida cuenta de que la sanción se ha impuesto dentro del tercio inferior y dentro del tramo menor, con respeto al principio de proporcionalidad.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso administrativa, la parte demandante debe ser condenada al pago de las costas.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto **por D. GSU**, por ajustarse a derecho la resolución impugnada.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

“La presente 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”.

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 y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

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.