

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 SEPTIEMBRE DE 2013**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 72/2012  
**Ponente:** Dª Ana Isabel Resa Gómez  
**Acto Impugnado:** Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 2011  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a dieciocho de septiembre de dos mil trece.

**Visto** el presente recurso contencioso administrativo nº 72/12 interpuesto ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, por el Procurador don A.R.M., en nombre y representación de **IMG, SGPS, SA** contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 2011 que acuerda imponer a la actora por la comisión de una infracción muy grave de la Ley de Mercado de Valores una multa de 50.000 euros.

Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 50.000 euros. Habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup>. Ana Isabel Resa Gómez, Magistrada de la Sección.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** El presente recurso contencioso-administrativo se interpone por la representación procesal de IMG, SGPS, SA contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 2011 por la que resolviendo el expediente sancionador impone a la actora por la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 99, letra p) de la Ley 24/88, de 28 de julio del Mercado de Valores en relación con el art. 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, por el incumplimiento de la obligación de comunicación en plazo a la CNMV de participaciones significativas en la sociedad cotizada LA SEDA DE BARCELONA, SA, tanto en su condición de administrador de ésta como en su condición de accionista significativo, una sanción de multa por importe de 50.000€.

**SEGUNDO:** Admitido a trámite el recurso se reclamó el expediente administrativo y se dio traslado de todo ello a la actora para que formalizara la demanda, la cual expuso los hechos, invocó los fundamentos de derecho y terminó por suplicar que, previos los trámites legales pertinentes, se dicte sentencia en la que, estimando el recurso, se anule la resolución impugnada o, subsidiariamente se considere que se ha cometido una infracción del art. 101 LMV y se le imponga la sanción en el grado mínimo de la mitad inferior de las correspondientes a las infracciones leves que contempla el art. 104 de la LMV.

**TERCERO:** Formalizada la demanda se dio traslado al Abogado del Estado para que la contestara, el cual expuso los hechos y fundamentos de Derecho y suplicó se dictara sentencia desestimando el recurso contencioso administrativo.

**CUARTO:** Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos, señalándose para votación y fallo el día 17 de septiembre del año en curso en que, efectivamente, se votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO:** Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 2 de diciembre de 2011 por la que resolviendo el expediente sancionador impone a la actora por la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 99, letra p) de la Ley 24/88, de 28 de julio del Mercado de Valores en relación con el art. 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, por el incumplimiento de la obligación de comunicación en plazo a la CNMV de participaciones significativas en la sociedad cotizada la SEDA DE BARCELONA, SA, tanto en su condición de administrador de ésta como en su condición de accionista significativo, una sanción de multa por importe de 50.000€.

**SEGUNDO:** Los hechos constitutivos del cargo imputado han consistido en la reiterada remisión a la CNMV por parte de Imatogil de comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada La Seda, tanto y especialmente en su condición de administrador de la misma, como, en menor medida, en su condición de accionista significativo de ésta, de manera incompleta (por faltar precio de las operaciones realizadas) y con demora respecto al plazo establecido en las normas de aplicación y adicionalmente, con posteriores rectificaciones que las anulaban y corregían (para incorporar el precio). Conducta que resultaría en contravención de la LMV y normas de desarrollo.

La parte actora al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

- 1.- Caducidad del procedimiento por dictarse la resolución sancionadora tras haber transcurrido el plazo máximo de seis meses que fija el art. 42.2 de la LRJCA.
- 2.- Infracción del art. 9.2 del RD 2119/93 y caducidad del procedimiento por dictarse la resolución sancionadora tras haber transcurrido el plazo de tres meses desde la finalización del plazo del art. 8 de dicha norma.
- 3.- Infracción de la LMV que imputa la resolución recurrida y normativa de aplicación.
- 4.- Ausencia de culpabilidad: Los retrasos imputados en la remisión de información estaban justificados y fueron subsanados a la mayor brevedad posible sin causar daño alguno al mercado.
- 5.- Infracción del principio de tipicidad por la resolución recurrida: Los elementos del tipo del art. 99.p) LMV no se han producido.

6.- Vulneración del principio de proporcionalidad al imponer la sanción.

**TERCERO:** Alega la parte recurrente que la resolución sancionadora fue adoptada y notificada habiendo transcurrido un plazo superior al total de los seis meses previsto por el art. 42.2 de la Ley 30/92, considerando que no es aplicable el plazo de un año que establece el artículo 2.1 del RD 2119/93, de 3 de diciembre, sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, al entender que el plazo de duración de los procedimientos debe ser fijado por una norma con rango de Ley, citando en apoyo de su tesis una sentencia del TSJ de Madrid de fecha 10 de octubre de 2009.

Ahora bien tal argumento no puede prosperar dado que la Ley 41/999 sobre sistemas de pagos y liquidación de valores establece en su Disposición Adicional 3ª que *"El plazo para resolver y notificar la resolución en el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, regulado por el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, así como en los procedimientos sancionadores derivados de la comisión de las infracciones previstas en la Ley 19/1998, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, será de un año, ampliable conforme a lo previsto en los artículos 42.6 y 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*

Si tenemos en cuenta que tal y como mantiene la actora la incoación del expediente sancionador fue acordada el 23 de diciembre de 2010 y el 19 de diciembre de 2010 se notificó la resolución sancionadora, no ha transcurrido el plazo de un año, por lo que la alegación de caducidad debe desestimarse.

**CUARTO:** Y en cuanto a la caducidad del procedimiento alegado sobre la base de lo dispuesto en el artículo 9.2 del Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, sobre Procedimiento Sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados Financieros, según el cual, el órgano competente, en este caso la Ministra de Economía y Hacienda debió dictar resolución en el plazo de tres meses a contar desde la recepción de las últimas alegaciones de los interesados o desde la finalización del plazo que éstos tenían al efecto.

Sobre esta base, alega la recurrente que habiendo finalizado el plazo para presentar alegaciones a la propuesta de resolución con fecha de 23 de julio de 2011, hasta la fecha de la resolución sancionadora de 2 de diciembre de 2011, excluido el periodo en que el plazo estuvo suspendido, habían transcurrido 4 meses y 14 días y, por tanto, al haberse superado el plazo de 3 meses que fija el art. 9.2 del RD 2119/93, el procedimiento habría caducado.

Sin embargo, la Sala tampoco puede compartir tales alegaciones, toda vez que la caducidad exclusivamente se anuda a la duración de la totalidad del procedimiento

sancionador, pero no a cada una de las fases singulares del mismo; de ahí que no pueda acogerse la alegación actora, ya que el transcurso del plazo de tres meses fijado para la resolución a contar desde las últimas alegaciones, no determina la caducidad del procedimiento, sino que -como acertadamente señala la Administración demandada- se trata de un plazo meramente procedimental para el impulso de la tramitación, que nada afecta a la caducidad del expediente ni, en consecuencia, a la validez de la resolución final adoptada.

El incumplimiento del plazo determinante de la caducidad, con arreglo al artículo 2.1 del citado Real Decreto 2119/1993, es el plazo para tramitar y resolver el procedimiento sancionador que es un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación, plazo que en este caso, al haber sido dictada la Orden por la cual se puso fin al procedimiento sancionador el día 2 de diciembre de 2011, notificada el día 19 de ese mismo mes, por lo tanto antes de que transcurriera el plazo de un año previsto al efecto.

**QUINTO:** Entrando ya en el fondo del asunto, y en concreto en la calificación jurídica de los hechos imputados habremos de estar a lo dispuesto en el artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores, y más concretamente en su letra p), que literalmente establece:

*"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 y 53 bis de esta Ley cuando existe interés de ocultación o negligencia grave, entendiéndose a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido".*

Por su parte en el artículo 53 de la propia Ley del Mercado de Valores se dispone: *"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. [...] 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 tuvieran 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."*

En desarrollo de este precepto legal, el Real Decreto 1362/2007 de 19 de octubre, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisición por éstas de acciones propias, reitera la obligación especial de los administradores de comunicar las participaciones que detentan en las sociedades cotizadas en cuya gestión intervienen, disponiendo en su artículo 31 lo siguiente:

*"Los administradores de un emisor para el que España sea Estado de origen cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, además de las obligaciones establecidas en el artículo 9 del Real Decreto 1333/2005, 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, deberán informar, con independencia del porcentaje que representen, de la proporción de derechos de voto que quede en su poder tras las operaciones de adquisición o transmisión de acciones o derechos de voto, así como de instrumentos financieros que den derecho a adquirir o transmitir acciones que tengan derechos de voto atribuidos [...]".*

La recurrente insiste en que ese deber no se ha vulnerado, afirmando que los hechos imputados suponen un retraso en el cumplimiento de un deber meramente formal sin relevancia especial, ni perjuicio para terceros y, entiende así, no se debe encuadrar su comportamiento en el tipo descrito en el artículo 99 p) LMV, únicamente aplicable a los casos que han supuesto un auténtico interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido.

Pero tales alegaciones, mera reproducción de lo ya dicho en vía administrativa, fueron adecuadamente contestadas mediante los razonamientos que se contienen en los fundamentos sexto y séptimo de la resolución impugnada, considerando particularmente la relevancia de la comunicación no realizada, en contra de lo manifestado por la actora y el carácter sistemático de los incumplimientos, su alcance temporal, la excesiva demora en la mayoría de las comunicaciones, así como los numerosos errores e incidencias que motivaron la anulación de diversas comunicaciones sin causa justificada, poniendo de manifiesto una dejación repetida del cumplimiento de las obligaciones de comunicación al organismo supervisor, teniendo en cuenta además, su condición de miembro del Consejo de Administración de la sociedad cuyas acciones son objeto de las operaciones no informadas en plazo, La Seda, ya que la LMV exige a los administradores de las sociedades emisoras un deber especial de diligencia en relación tanto con el conjunto de obligaciones que les impone, como, específicamente, en relación con la comunicación de sus operaciones sobre valores de esas sociedades, por cuanto dicha comunicación constituye no solo una información especialmente

relevante para los inversores, en cuanto indicativa de la confianza de aquéllos en sus perspectivas y el precio que les asignan, sino también un elemento preventivo de abuso de mercado e instrumento de supervisión para la CNMV.

Todo ello y en definitiva, pone de relieve que la conducta de la actora en su condición de administrador respecto de las comunicaciones realizadas con retraso en relación con la sociedad cotizada LA SEDA es subsumible en el precepto legal más arriba transcrito y, por tanto, constitutiva de la infracción muy grave tipificada en el precepto.

También ha quedado acreditado en el expediente, según consta en la relación de "Hechos Probados" Imatosgil no comunicó en plazo haber descendido del umbral del 20% en su participación accionarial de Caixa Geral, vulnerando así lo dispuesto en el artículo 53 de la LMV y cometiendo, por lo tanto, la infracción tipificada en el repetido precepto legal, habida cuenta en este segundo supuesto, excluidas las circunstancias acreditativas de dolo o ánimo de ocultación, la existencia de la negligencia grave exigida por el tipo legal.

A este respecto resulta significativo el hecho incuestionable de que la notificación realizada por la actora sobre Caixa Geral en su condición de accionista significativo, informando que el 10 de julio de 2008 había descendido del citado umbral en su participación accionarial, se comunicó a la CNMV con una demora de 10 días hábiles bursátiles y posteriormente fue anulada y sustituida por otra comunicación presentada el 24 de septiembre de 2008. Ante este hecho, una vez realizado un requerimiento de información y advertencia por la CNMV, solicitándose que se indicaran los motivos por los cuales la operación objeto de notificación no había sido comunicada en plazo (requerimiento de fecha 29 de agosto de 2008), la hoy actora únicamente manifestó como justificación -y en ello mismo insiste en su demanda- en que *"si no las notificó antes fue porque Caixa Geral no les había informado"*.

Resulta evidente que ninguna de estas alegaciones pueden justificar los reiterados y sistemáticos incumplimientos en la remisión y difusión en plazo de participaciones significativas en sociedades cotizadas ni constituir causa eximente de responsabilidad. Como ya se ha dicho anteriormente, no nos encontramos aquí con un incumplimiento no significativo, puntual o excepcional y de posible imputación a una circunstancia imprevisible o inevitable, o a un error humano o técnico aislado y admisible, sino a repetidos incumplimientos sucesivos. Se trata de un total de 102 operaciones de compra o venta de acciones La Seda, el número de derechos de voto adquiridos con dichas operaciones que incrementó su posición final en 3.798.287 derechos de voto, la excesiva demora de las comunicaciones que oscilan entre 10 y 257 días hábiles bursátiles, la no comunicación de los precios a los que se realizaron las operaciones, lo que obligó a anular las comunicaciones realizadas y a sustituirlas por otras nuevas. Todo lo cual manifiesta una dejación reiterada en el cumplimiento de las obligaciones de Imatosgil de comunicación al organismo supervisor y, por ende, al mercado, que solo puede considerarse como gravemente negligente.

En segundo lugar, tampoco resulta aceptable lo alegado por la recurrente acerca de la falta de recordatorio escrito de la obligación por parte del regulador, al entender que, si el requerimiento escrito es un requisito para que la infracción sea considerada como grave (artículo 100 b) de la LMV), todavía con mayor motivo debería exigirse si la infracción se considerara muy grave.

Al respecto debe señalarse que el tipo infractor 99 p) de la LMV no recoge como elemento del tipo la exigencia de recordatorio escrito alguno. Únicamente, el artículo 100 b) de la LMV sanciona aquellas conductas que conlleven, en concreto, la falta de remisión en plazo de cuantos documentos o informaciones deban remitirse a la CNMV, siempre y cuando ésta hubiera recordado por escrito la obligación o reiterado el requerimiento. Es decir, este tipo se refiere al cumplimiento de aquellas obligaciones de información de carácter periódico que la norma establece para las personas y entidades sujetas a supervisión de la CNMV. Cosa distinta son los supuestos de hecho que se imputan, donde la obligación de comunicación se produce como consecuencia de la actuación voluntaria del sujeto obligado a comunicar, tal como es la adquisición o transmisión de valores. Resulta evidente que ante una actuación de carácter voluntario del sujeto, el regulador no puede llevar a cabo recordatorio o requerimiento alguno con carácter previo.

En conclusión, ni el tipo en el que se encuadran las conductas -artículo 99 p) de la LMV- exige recordatorio previo alguno de la obligación impuesta por parte de esta Comisión, ni resulta de aplicación lo establecido en el artículo 100 b) de la LMV en el presente caso.

En tercer lugar, la recurrente justifica la ausencia de negligencia grave ante la inexistencia de perjuicios a terceras personas, justificación ésta que también fue contestada en el Fundamento de derecho Sexto de la Resolución impugnada al señalar que *"el retraso en la remisión de CPS, aun cuando el mismo no sea intencionado, buscado o deseado supone un daño relevante al bien jurídico protegido y, por tanto, un verdadero incumplimiento de la norma"*.

Debe añadirse que no resulta necesario para la apreciación del incumplimiento de la obligación que aquí se trata la acreditación de que del mismo se hubieren derivado perjuicios a terceros. La obligación y el tipo sancionador correspondiente a su incumplimiento, (...) no lo exigen. Y es que nos encontramos, como en la generalidad de los ordenamientos disciplinarios de orden administrativo, ante una infracción de simple riesgo o de peligro supone un daño relevante al bien jurídico protegido y, por tanto abstracto por la que se sancionan comportamientos que, típicamente previstos, se consideran lesivos de los bienes jurídicos protegidos que justifican estos ordenamientos. En este caso, la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de precios en él y la protección de los inversores.

Por último, cabe recordar la existencia de antecedentes sancionadores de la recurrente y así mediante Orden Ministerial de fecha 14 de agosto de 2005, se impuso sanción de multa de 6.000 € a Imatosgil, por la comisión de una infracción muy grave tipificada

igualmente en el art. 99, letra p) de la LMV, por la comunicación con demora respecto al plazo establecido de operaciones sobre acciones de LA SEDA, confirmada por sentencia de esta Sala de fecha 10 de junio de 2008.

En definitiva, a la vista de lo anterior, la Sala ha de confirmar la resolución impugnada cuando declara la existencia de una infracción muy grave consistente en haber comunicado a la CNMV operaciones de participaciones significativas con una demora superior al plazo establecido.

**SEXTO.** Por último, la Sala no puede apreciar la alegada trasgresión del principio de proporcionalidad (artículo 131 de la Ley 30/1992). En efecto, la resolución recurrida (fundamento jurídico octavo) justifica cabalmente la imposición de la sanción de multa prevista en la letra a) del artículo 102 LMV, resultando la cuantía de las sanciones impuestas de la aplicación de los criterios de graduación previstos en el artículo 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, motivando la aplicación de las circunstancias tomadas en consideración (letras f) y j) del artículo 14 LDIEC), fijándose en este caso las sanciones por la comisión de las infracciones acreditadas dentro del tercio inferior del parámetro legal.

**SÉPTIMO** De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho, imponiéndose las costas a la parte actora de conformidad con lo establecido en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## FALLAMOS

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **IMG SGPS, SA.** contra Resolución de fecha 2 de diciembre de 2011 de la Ministra de Economía y Hacienda, a que las presentes actuaciones se contraen que declaramos ajustada a Derecho, en cuanto a los extremos impugnatorios examinados. Con expresa imposición de costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.