

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 1 DE JUNIO DE 2011

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recuso nº: 263/2010
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 12 de febrero de 2010
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a uno de junio de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don J.R.V., y en su nombre y representación el Procurador Don R.R.N., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 12 de febrero de 2010, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso de 80.000 y 100.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Don J.R.V., y en su nombre y representación el Procurador Don R.R.N., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 12 de febrero de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la sanción que nos ocupa.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día treinta y uno de mayo de dos mil once.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en autos la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 12 de febrero de 2010, por la que se impone al hoy recurrente las sanciones de 80.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, por la inobservancia del deber de información establecido en el artículo 53 de la misma y Ley; y de 100.000 euros por la comisión de la infracción del artículo 99 r) de la Ley 24/1988.

SEGUNDO.- Los hechos imputados, que resultan acreditados y no son negados por el actor, son los que siguen:

1.- El recurrente no comunicó a la CNMV las operaciones de compra y venta sobre acciones de Metrovacesa, siendo miembro del Consejo de Administración, que implicaba una participación significativa.

2.- información inexacta en el folleto de la OPA realizada por Metrovacesa relativa a la participación del actor, su participación en el capital y de las operaciones de compra y venta realizadas.

El artículo 99 de la Ley 24/1988, según la redacción dada por la Ley 2/2011, 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, 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...r) El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 60 y 61 de esta Ley y en la normativa que se dicte al amparo de lo dispuesto en este artículo. En particular:

- *El incumplimiento de la obligación de presentar una oferta pública de adquisición de valores; su presentación fuera del plazo máximo establecido o con irregularidades esenciales que impidan a la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenerla por presentada o autorizarla; o la realización de la oferta pública sin la debida autorización.*
- *La falta de publicación o de remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información y documentación que haya de publicarse o enviarse a aquélla, como consecuencia de actuaciones que obliguen a la presentación de una oferta pública de adquisición de valores, en el transcurso de la misma o una vez finalizada, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.*
- *La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una oferta pública de adquisición con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.”*

Al dictar la Resolución impugnada la Administración tuvo en cuenta la redacción de los tipos conforme a la reforma operada por Ley 6/2007, del siguiente tenor:

“p) La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis, 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... r) El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 60 y 61 de esta Ley y en la normativa que se dicte al amparo de lo dispuesto en este artículo. En particular:

- *El incumplimiento de la obligación de presentar una oferta pública de adquisición de valores; su presentación fuera del plazo máximo establecido o con irregularidades esenciales que impidan a la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenerla por presentada o autorizarla; o la realización de la oferta pública sin la debida autorización.*

- *La falta de publicación o de remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información y documentación que haya de publicarse o enviarse a aquélla, como consecuencia de actuaciones que obliguen a la presentación de una oferta pública de adquisición de valores, en el transcurso de la misma o una vez finalizada, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.*
- *La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una oferta pública de adquisición con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo”*

Esta última reforma se produce con posterioridad a la comisión de los hechos y fue analizada por la Administración a efectos de determinar si era Ley más favorable, analizando los elementos de los tipos y llegando a la conclusión de que la conducta era subsumible en el nuevo tipo. Por ello, lo primero que hemos de determinar es si la reforma de 2011 altera los tipos aplicables de modo que podamos entender que la nueva regulación es más favorable.

Respecto al apartado p) del artículo 99 la dicción en la norma de 2007 es del siguiente tenor: *La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53, 53 bis, 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,* mientras que en la norma de 2011 lo es: *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.* Se observa que no existe alteración en lo elementos del tipo aplicado entre ambas redacciones.

En cuanto al apartado r), la redacción de la Ley de 2007 es como sigue: *El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 60 y 61 de esta Ley y en la normativa que se dicte al amparo de lo dispuesto en este artículo. En particular:...* *La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una oferta pública de adquisición con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo,* mientras que la Ley de 2011 es del siguiente tenor *El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 60 y 61 de esta Ley y en la normativa que se dicte al amparo de lo dispuesto en este artículo. En particular:...* *La publicación o el suministro de información o documentación relativas a una oferta pública de adquisición con omisión de datos o con inclusión de inexactitudes, falsedades o datos que induzcan a engaño, cuando la información o documentación afectada sea relevante, o la cuantía de la oferta o el número de inversores afectados sea significativo.*

La identidad de los elementos del tipo en ambos casos impide que se planteen problemas de retroactividad de norma más favorable.

TERCERO.- Respecto de la aplicación de los tipos según la redacción de 2007, hemos de señalar que, como se recoge en la Resolución impugnada se introducen variaciones respecto de los tipos vigentes al tiempo de la comisión de los hechos.

Respecto del tipo de la letra p) del artículo 99, la redacción lo era: *La inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 de esta Ley, o la información con una demora respecto del plazo establecido igual o superior a este último.*

Se observa que el tipo introducido por la Ley de 2007, contiene elementos adicionales: *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 Administración razona sobre el particular y entiende que concurre el elemento de negligencia grave, pues el recurrente era miembro del Consejo de Administración y la omisión de información venía referida a la propia participación significativa en empresa cotizada. La pertenencia al Consejo Administración unida a la titularidad de valores que representan una participación significativa en empresa cotizada, hace concluir racionalmente la omisión grave de la diligencia exigible para informar sobre tal participación en quien es titular de la misma, y viene obligado a ello, además, como miembro del Consejo de Administración. Se cumplen por tanto todos los elementos del tipo.

En cuanto al tipo de la letra r) del artículo 99, se aprecia inclusión de inexactitudes en el folleto de la OPA, pues no recoge las operaciones de compra y venta de acciones realizadas por el actor, ni se refleja la participación real del mismo en el capital de Metrovacesa. Estas inexactitudes implicaban, además, la conclusión de que el recurrente y Don B.S. tendrían en la Sociedad Gencina tras la OPA de Metrovacesa, el 33,53% del capital, lo que implicaba la necesidad de formular una OPA obligatoria según la legislación francesa – que la establece a partir del 33,33% -, siendo que el resultado real lo era de 33,16%, lo que implicaba la falta de obligatoriedad de formular la OPA.

Se aprecian por tanto las inexactitudes imputadas por la Administración y que justifican la aplicación del tipo.

En ambos casos la información se entiende relevante pues se trata de posiciones que implican participación significativa en dos entidades y que, por sus efectos, puede incidir en la decisión que adopte un inversor sensato.

En cuanto a la responsabilidad del actor, la tiene no sólo en su calidad de titular de los valores a los que la información e inexactitud se refiere, sino también en su carácter de miembro del Consejo de Administración, que le exigen un especial deber de vigilancia y control en el cumplimiento de las disposiciones aplicables a una entidad cotizada.

Respecto de la alegación de vulneración del principio *ne bis in idem*, la Sala no comparte la apreciación de que ambos tipos aplicados protegen el mismo interés jurídico.

Efectivamente, aún cuando todos los tipos tienen en común la protección de la transparencia en el mercado, el ámbito en que se desenvuelven los que nos ocupan es distinto. En el caso del artículo 99 p) se trata de informar al supervisor a fin de que pueda ejercer con eficacia sus atribuciones, en el caso del apartado r) se trata de poner en

conocimiento de los inversores todos los datos relevantes que afecten a una OPA, por tanto se protege con el primer tipo el correcto desempeño de las funciones de supervisión, con el segundo la seguridad de los inversores.

Por último, y en relación con la proporcionalidad, la Resolución razona suficientemente la graduación de la sanción impuesta y las circunstancias tenidas en cuenta.

El artículo 102 de la Ley 24/1988 establecía, al tiempo de ocurrir los hechos, la sanción máxima hasta 300.506,05, con las reglas de cálculo establecidas. Por lo que al imponerse la suma de 80.000 euros y 100.000 respectivamente, se han impuesto las sanciones en su grado mínimo, concluyendo con ello que se ha cumplido el principio de proporcionalidad.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y confirmación del acto impugnado, al ser ajustados a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

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 Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don J.R.V., y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don R.R.N., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 12 de febrero de 2010, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

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.