

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE MARZO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 261/2011
Ponente: Dña. Mª Asunción Salvo Tambo
Acto Impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de marzo de 2011 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 27 de diciembre de 2010.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de marzo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 261/2011 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Dña. C.D.C., en nombre y representación de CARTERA MERIDIONAL S.A., contra Resolución de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 23 de marzo de 2011, sobre infracciones 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 25 de mayo de 2011, este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"A LA SALA SUPLICO que, teniendo por presentado este escrito y sus copias, los admita, y teniendo igualmente por interpuesta DEMANDA en el recurso del margen, emplazando a la administración recurrida para que conteste a la demanda dentro del término legal, dándole para ello traslado de la copia de la misma para que, tras los trámites de rigor, dicte sentencia por la que, estimando las pretensiones deducidas, resuelva que no ha lugar a imponer a mi mandante sanción alguna por los hechos objeto de litigio, con expresa imposición a la administración recurrida de las costas causadas en el procedimiento."

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Sentencia por la que se desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente."*

TERCERO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, las partes presentaron escritos de conclusiones, en los que se reiteraron en sus respectivas pretensiones, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia de 5 de marzo de 2013 se señaló para votación y fallo el día 12 de marzo de 2013, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- 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 la Ilma. Sra. Dña. María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 23 de marzo de 2011 por la que se desestima el recurso de reposición potestativo interpuesto por CARTERA MERIDIONAL, S.A., ahora recurrente, contra la Orden Ministerial de 27 de diciembre de 2010 dictada a propuesta de la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, que acordó:

-Imponer a CARTERA MERIDIONAL, S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada MONTEBALITO, S.A., en su condición de administrador de ésta, una MULTA por importe de 12.000 euros (DOCE MIL EUROS).

-Imponer a CARTERA MERIDIONAL, S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada BANCO PASTOR, S.A., en su condición de accionista significativo de ésta una MULTA por importe de 6.000 euros (SEIS MIL EUROS).

-Imponer a Don J.A.B., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 del mismo texto legal y normativa de desarrollo, al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada BANCO PASTOR, S.A., en su condición de accionista, significativo de ésta, una. MULTA por importe de 6.000 euros (SEIS MIL EUROS)."

SEGUNDO.- Reitera la parte actora en su demanda los mismos motivos esgrimidos ya en vía administrativa previa y que fueron ya tomados en consideración todos ellos en la resolución administrativa impugnada. A saber:

– En primer término se alega caducidad en el procedimiento por expiración del plazo para dictar resolución.

– Falta de los supuestos necesarios para calificar los hechos objeto de sanción como infracción muy grave. En concreto la recurrente alega inexistencia de interés de ocultación, inexistencia de negligencia grave tanto en relación con los retrasos producidos en las comunicaciones de participaciones significativas de Montebalito, S.A., como de Banco Pastor, S.A. siendo en cualquier caso el retraso a juicio de la actora poco significativo desde un punto de vista temporal tanto en uno como en otro caso.

- También alega otras circunstancias que impiden calificar la falta de comunicación en este caso como una infracción muy grave tales como a) justificación del retraso en las comunicaciones; b) falta de recordatorio escrito de la obligación por parte de CNMV; c) Inexistencia de perjuicios a terceros; y d) inexistencia de reincidencia.
- Falta de los supuestos necesarios para calificar los hechos objeto de sanción como infracción grave. Alega la posible calificación de los hechos como infracción leve y la prescripción.
- Por último, trasgresión del principio de proporcionalidad.

TERCERO.- Comenzando por el análisis de 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 entonces 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, siendo las últimas alegaciones presentadas en el expediente sancionador el día 2 de junio de 2010 contra la propuesta de resolución de la CNMV de fecha 11 de mayo de 2010, y teniendo en cuenta el plazo de tres meses establecido en el citado artículo 9, el plazo para dictar resolución finalizaba el 20 de septiembre de 2010 y, en consecuencia, al ser la Orden impugnada de fecha 27 de diciembre de 2010, fue dictada más de tres meses después de la finalización del plazo en cuestión, circunstancia que, a juicio de la actora, determina la caducidad del expediente sancionador.

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 pulso 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 27 de diciembre de 2010, notificada el día 29 de ese mismo mes, por lo tanto antes de que transcurriera el plazo de un año previsto al efecto.

CUARTO.- 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, atendiendo 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 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."

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 de escrito en el artículo 99 p) LMV.

Pero tales alegaciones, como decimos 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, que éste remitió a la hoy actora hasta cuatro requerimientos de información y advertencia, lo que deja evidente una actuación claramente demostrativa de una conducta gravemente negligente, por su relevancia en términos cuantitativos y cualitativos y reiterada y mantenida a lo largo de varios meses.

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 MONTEBALITO, S.A. 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" y en ningún momento se niega por la actora, que CARTERA MERIDIONAL no comunicó en plazo haber descendido del umbral del 3% en su participación accionarial de la sociedad BANCO PASTOR, 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 BANCO PASTOR en su condición de accionista significativo, informando que el 31 de julio de 2008 había descendido del citado umbral en su participación accionarial, se comunicó a la CNMV con noventa y cuatro días de retraso respecto al plazo establecido, además, que dicha notificación, de fecha 16 de diciembre de 2008, anulaba otra notificación anteriormente presentada el 5 de diciembre, que también fue presentada fuera de plazo. 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 23 de enero de 2009), la hoy actora únicamente manifestó como justificación –y en ello mismo insiste en su demanda- en que *“la causa del retraso en la comunicación fue que la persona que debía firmar la comunicación se encontraba de vacaciones y que, posteriormente, una vez firmada, el encargado de su presentación olvidó por completo presentar la comunicación a la CNMV”*.

Lo anterior nos lleva a apreciar aquí de nuevo una grave negligencia en la conducta de la actora habida cuenta que esta comunicación fuera de plazo tuvo lugar tras cuatro requerimientos de la CNMV, como antes hemos dicho, con expresa indicación de las normas de aplicación en materia de comunicaciones de participaciones significativas y advertencia de que es un incumplimiento pudiera ser constitutivo de la infracción muy grave por la que finalmente fue sancionada (artículo 99, p), de la Ley del Mercado de Valores).

Por lo demás, respecto de las alegaciones relativas a la justificación en el retraso de las comunicaciones, ni existencia de negligencia grave, ni existencia de antecedentes sancionadores en la recurrente, nos remitimos a lo señalado en la resolución sancionadora cuando dice:

“En primer lugar, respecto de las justificaciones realizadas por la interesada acerca del retraso de las comunicaciones, en el Fundamento de derecho Octavo de la Resolución recurrida se señalaba lo siguiente:

“A este respecto y en contestación a las alegaciones formuladas, no es de recibo aducir para negar esta responsabilidad el que habrían justificado los motivos de los retrasos en sus comunicaciones de participaciones significativas, en respuesta a los requerimientos del organismo supervisor. Motivos que se decían debidos a errores informáticos relacionados con el cambio de oficinas, vacaciones del declarante o del encargado de presentar las comunicaciones, olvidos, errores humanos o agrupación de comunicaciones para su notificación global.

Resulta evidente que ninguno de estos motivos 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 aún después, a medida que eran conocidos por la CNMV, de requerimientos del organismo supervisor recordando a los ahora interesados el régimen jurídico correspondiente a sus obligaciones en la materia y las consecuencias disciplinarias de su incumplimiento”.

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.

Sin embargo, la CNMV, una vez realizada la primera notificación fuera de plazo por parte de CARTERA MERIDIONAL, le requirió a dicha entidad, hasta en cuatro ocasiones, (29 de julio, 22 de agosto, 21 de octubre y 14 de noviembre) explicación de los motivos que ocasionaron los retrasos, advirtiéndole del incumplimiento de sus obligaciones en caso de superar los plazos máximos legalmente establecidos.

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 Cuarto de la Resolución impugnada al señalar que "no resulta necesario para la apreciación del incumplimiento de la obligación que aquí se trata la acreditación de que del mismo se hubieran 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 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 en contra de lo manifestado por CARTERA MERIDIONAL, acerca de la no consideración de la inexistencia de antecedentes sancionadores de la recurrente que, tal y como se señaló en el Fundamento de derecho Noveno de la Resolución impugnada, tanto para CARTERA MERIDIONAL en relación con la sociedad MONTEBALITO, como para CARTERA MERIDIONAL y Don J.A.B. en relación con BANCO PASTOR, resultó de aplicación como criterio para atemperar la reacción disciplinaria, el hecho de no haber sido anteriormente sancionados por vulneración de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores.

Todo lo expuesto desvirtúa, por tanto, las alegaciones vertidas por la recurrente relativas a las posibles justificaciones que impedirían determinar su responsabilidad respecto de las infracciones cometidas."

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 en las dos referidas sociedades, con una demora superior al plazo establecido.

5. 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 noveno) 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 a) y b) del artículo 14 LDIEC), fijándose en este caso las sanciones por la comisión de las infracciones acreditadas dentro del tercio inferior del parámetro legal.

6. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de CARTERA MERIDIONAL S.A., contra la Resolución de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 23 de marzo de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.