

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE MAYO DE 2015 y
AUTO DE ACLARACIÓN DE LA MISMA FECHA.

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 465/2014
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de enero de 2014
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a catorce de mayo de dos mil quince.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el número **465/14**, seguido a instancia de **don MFS**, que actúa representado por la procuradora doña MFD y defendido por el letrado don JGP, contra La Orden de 10 de enero de 2014 del **MINISTRO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD** representado por el señor Abogado del Estado (300.000 euros).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2014 presentó escrito la procuradora indicada, en nombre y representación de don MFS, con la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 10 de enero de 2010 por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a don MFS y a sus sociedades controladas INVERPESCA SA y SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES SA por infracción muy grave de la Ley del Mercado de valores (expediente 8/2013).

SEGUNDO.- Admitirlo a trámite el recurso se acordó reclamar el expediente administrativo, del que se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda, en la que expresó los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando que se dictara sentencia, estimando el recurso, con la anulación de la sanción impuesta, y subsidiariamente se imponga una sanción mínima y simbólica por falta de proporcionalidad de la misma.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara, evacuando el traslado en el sentido de solicitar que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmara el acto impugnado por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- La cuantía del recurso se fijó en 300.000 euros, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que reiteraron sus pedimentos. Cumplidos los trámites legales, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 12 de Mayo de 2015, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La resolución que es objeto de recurso sancionó al demandante por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.p), en relación con el artículo 53, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento, como consejero, de sus deberes de comunicación y difusión de participaciones significativas en Pescanova, SA. Los hechos que han dado lugar a la sanción son los siguientes, de acuerdo con el relato de hechos de la resolución sancionadora:

Don MFS es el principal accionista de Pescanova, SA (en adelante Pescanova) y fue nombrado consejero en 1989, cargo que ocupa durante todo el periodo de los hechos a que se refiere el presente Pliego de Cargos.

En la fecha de inicio de los hechos que se describen a continuación, don MFS tenía declarada una participación significativa del 24,279%. A la fecha de elaboración del Informe razonado y según la última declaración recibida en esta Comisión, su participación ha descendido hasta el 7,515%.

Si bien don MFS tiene la doble condición de accionista significativo y consejero, las comunicaciones de operaciones sobre acciones de Pescanova que han sido objeto de análisis en el citado Informe fueron remitidas por el sujeto obligado en su condición de consejero de dicha sociedad cotizada, y su análisis se realiza en el marco de las obligaciones de transparencia a las que están sujetos los consejeros de las sociedades cotizadas.

Don MFS posee su participación accionarial en Pescanova a través de varias sociedades controladas: Inverpesca, SA (en adelante Inverpesca); Sociedad Gallega de Importación y Exportación de Carbones, SA (en adelante Sociedad Gallega); ICS Holding LTD (en adelante ICS) y Sociedad Anónima de Desarrollo y Control, S.A. (en adelante Sodesco).

Operaciones declaradas en 2013:

A partir de indicios sobre la existencia de operaciones con acciones de Pescanova realizadas por sus consejeros y no declaradas a la CNMV, el 8 de abril de 2013 se envía un requerimiento al secretario del Consejo, don CMM, para que aporte una certificación de la posición accionarial de todos los consejeros.

En caso de que existiese alguna discrepancia entre la certificación del secretario y la información del Registro Oficial de notificaciones de derechos de voto e instrumentos financieros de esta Comisión Nacional, se requiere que los consejeros afectados remitan la correspondiente notificación, informando de todas y cada una de las operaciones realizadas con acciones de Pescanova y no declaradas.

El 15 de abril de 2013 se recibe una comunicación del señor FS que informa sobre 46 operaciones de venta por un total de 1.986.196 acciones de Pescanova (un 6,9% de la sociedad). Según su declaración, dichas ventas fueron realizadas entre el 4 de diciembre de 2012 y el 27 de febrero de 2013, y todas ellas son comunicadas fuera de plazo, Tomando la fecha de la operación más antigua la demora asciende a 85 días hábiles bursátiles.

Considerando la fecha de la operación más reciente, la demora es de 20 días hábiles bursátiles, Las 46 ventas fueron realizadas a través de las sociedades controladas que se indican a continuación, ninguna de las cuales había notificado las ventas declaradas en abril por el señor FS:

- **Inverpesca:** 273.278 acciones (ya no era consejero de Pescanova en el período en el que se realizaron las ventas)
- **Sociedad Gallega** 24.400 acciones (era y es consejero de Pescanova)
- **Sodesco:** 1,688518 acciones (no ha sido consejero de Pescanova)

Operaciones declaradas en 2012:

A partir del análisis de información sobre la realización de operaciones con acciones a las que tiene acceso esta Comisión Nacional en el ejercicio de sus labores de supervisión, se detectan ciertas operaciones de compra y venta de acciones de Pescanova, realizadas en su mayoría por varias de las sociedades controladas por don MFS. Se comprobó que dichas operaciones no figuraban declaradas en el Registro Oficial de notificaciones de derechos de voto e instrumentos financieros de esta Comisión Nacional. Las operaciones no notificadas fueron realizadas por las sociedades controladas: Inverpesca, Sociedad Gallega y Sodesco.

El 4 de abril de 2012 se envía un requerimiento a don MFS para que presente las correspondientes notificaciones. El 24 de abril de 2012 se recibe una comunicación que informa sobre 228 operaciones realizadas entre el 3 de marzo de 2010 y el 10 de abril de 2012 y que afectan a 1.290.726 acciones (6,6%): 181 ventas por un volumen total de 697.577 acciones (3.59% de Pescanova) y 47 adquisiciones por un total de 593149 acciones (3.05% de Pescanova).

Según la notificación un 59% de las operaciones declaradas son realizadas con acciones titularidad de Inverpesca, un 38% de Sodesco y el 3% de Sociedad Gallega. Una de las operaciones por 7313 acciones corresponde a una transmisión directa de don MFS, en concepto de "*emancipación de hijos*" según su declaración. Todas las transacciones incluidas en la notificación de 24 de abril de 2012 fueron declaradas con retraso. Considerando la fecha de la operación más antigua, 3 de marzo de 2010, la demora asciende a 545 días hábiles bursátiles. Considerando la fecha de la operación más reciente, la demora es de 5 días hábiles bursátiles.

Después de presentar varias notificaciones en plazo durante 2011, el 26 de septiembre de 2012 se recibe una nueva comunicación que informa de la venta de 287.400 acciones -el 1% del total de Pescanova-titularidad de Inverpesca. La notificación se presenta con una demora de 6 días hábiles bursátiles.

El 18 de enero de 2013 se requiere de nuevo al señor FS para que explique los motivos del nuevo retraso. Al no haberse recibido respuesta en el plazo señalado y tener constancia del acuse de recibo, el 6 de febrero se le requiere por segunda vez.

En su respuesta de 25 de febrero de 2013 indica lo siguiente: *"Ruego tomen nota de que el motivo de la notificación fuera de plazo no ha sido otro que el que la persona encargada del seguimiento administrativo de este asunto estaba enfermo esos días. Dado que se trata de una circunstancia puntual y excepcional no se ha previsto adoptar ninguna medida al respecto"*.

Operaciones declaradas en 2010:

El 17 de febrero de 2010 se recibe una notificación que informa de una suscripción parcial de 350.848 acciones en la ampliación de capital de Pescanova de 30 de octubre de 2009. El sujeto obligado suscribió de forma directa 9.383 acciones y otras 341.465 acciones a través de sus sociedades controladas: Sociedad Gallega, Inverpesca y Sodesco.

Como consecuencia de la suscripción parcial y del efecto dilución de la ampliación de capital, la posición final de derechos de voto de don MFS descendió del 24.279% al 18.034%. La comunicación se presenta con una demora de 30 días hábiles bursátiles.

El 8 de marzo de 2010 se envía un escrito a don MFS en el que se le advierte de la normativa sobre plazos y otras obligaciones de comunicación de operaciones por parte de los consejeros de las sociedades cotizadas. También se requería la justificación del retraso incurrido y la adopción de medidas para evitar hechos similares en el futuro.

En su respuesta de 22 de marzo de 2010 don MFS reconoce que *"efectivamente nos hemos excedido en el plazo establecido debido a un retraso interno en nuestra gestión administrativa"*. En su opinión *"habida cuenta de que la variación en la participación ha sido poco significativa, no se prestó suficiente atención y diligencia"*. Por último indica que *"se ha recordado a los responsables correspondientes los plazos establecidos en el artículo 35 del Real Decreto 1662/2007 para evitar nuevos retrasos en el futuro"*.

El Acuerdo sancionador concluye, conforme al siguiente tenor literal;

- IMPONER a don MFS. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra p). en relación con el artículo 53 ambos de la Ley 24/1988 de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento, como consejero de sus deberes de comunicación y difusión de participaciones significativas en PESCANOVA a una MULTA por importe de 300.000 (TRESCIENTOS MIL) EUROS.
- IMPONER a INVERPESCA, S.A.. por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53. ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento, como consejero de sus deberes de comunicación y difusión de participaciones significativas en PESCANOVA, SA, una MULTA por importe de 100.000 (CIEN MIL) EUROS.
- IMPONER a SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES, S.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53. ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio. del Mercado de Valores, por el incumplimiento, como consejero, de sus deberes de comunicación y difusión de participaciones significativas.

SEGUNDO.- En el escrito de la demanda articulada se han hecho valer los siguientes motivos de impugnación:

Primero; se debió suspender la tramitación del procedimiento sancionador hasta la resolución de las diligencias previas 31/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5, y al no haberse hecho así se ha producido una nulidad de actuaciones y de la sanción recurrida.

Segundo; denuncia la existencia de dos resoluciones sancionadoras distintas, que denomina verdadera y falsa, y argumenta que la verdadera resolución es incongruente por no resolver todas las cuestiones planteadas en el procedimiento, y la falsa resolución sería ilegal por vulnerar el principio de que la última palabra corresponde al inculpado.

Tercero; se invoca el derecho fundamental a la imparcialidad y neutralidad, incluso en la mera apariencia de las cosas, de los funcionarios que intervienen en el procedimiento sancionador.

Cuarto; ausencia de antijuridicidad e inexistencia de infracción alguna por ausencia de quebrantamiento del bien jurídico protegido por la norma.

Quinto; ausencia de culpabilidad por actuar de acuerdo con la confianza legítima suscitada por la actitud de la CNMV, ya que ante retrasos precedentes la CNMV actuó de forma distinta recordando la necesidad de realizar las comunicaciones oportunas.

Sexto; ausencia de tipicidad por no concurrir el elemento subjetivo de negligencia grave ni de interés de ocultación.

Séptimo; se denuncia la ilegalidad de la cuantía de la sanción impuesta, considerando en última instancia que se debería imponer una multa mínima y simbólica, *"como mínima y simbólica es la acusación puramente formal de hechos que no han tenido incidencia sustancial alguna"*.

La Abogacía del Estado se ha opuesto a la pretensión de la actora en línea con las consideraciones que fundamentan la resolución impugnada, negando que la existencia de los vicios que conforman los motivos de nulidad que se esgrimen, así como la nulidad que se postula.

TERCERO.- El recurso se ha articulado en los mismos términos que los que se plantearon en el recurso 461/2914 (Sentencia de esta Sección de 21 de abril de 2015), referente a SOCIEDAD GALLEGA DE IMPORTACIÓN Y EXPORTACIÓN DE CARBONES SA, también sujeta a expediente y sancionada en el mismo procedimiento sancionador 8/2013 con multa, como consecuencia de hechos semejantes que afectaron en calidad de consejero a la indicada sociedad, controlada por el ahora demandante.

En dicha sentencia, expresábamos en relación al primer motivo de impugnación, articulado como en el presente caso, al amparo del artículo 96 de la Ley 24/1988 de 28

de julio del Mercado de Valores (LMV) al no haberse suspendido el procedimiento sancionador administrativo, que el motivo *“ha de desestimarse pues los hechos enjuiciados en las diligencias previas 31/2013 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 son diferentes a los que dieron lugar al procedimiento de que dimana la sanción recurrida, sin que ni siquiera los subsumidos en el artículo 294 del Código Penal guarden relación con los que subyacen en la sanción impuesta pues la demora en el cumplimiento del deber de notificación a que estaba sometida la actora y que ha dado lugar a esta última nada tiene que ver con la obstaculización de la actividad de los órganos inspectores que se tipifica en el referido artículo del Código Penal, sin que, en fin, la sentencia del Tribunal Supremo a que se apela en la demanda tenga con los hechos aquí enjuiciados la analogía necesaria para su invocación como precedente judicial, por lo que este motivo de impugnación claudica”*.

Tales fundamentos deben reiterarse, toda vez que la suspensión por prejudicialidad penal (artículo 96 LMV y 7 RD 1396/1993) exige una triple identidad de hechos, personas y bienes jurídicos protegidos, conforme expresamente exigen estos preceptos, y si bien es cierto que en el este supuesto el Juzgado Central nº5 de la Audiencia Nacional sigue diligencias previas frente al demandante y otros, los hechos que son objeto de investigación son diferentes de los que eran objeto de procedimiento sancionador; a saber: en este se investigaba el cumplimiento de los deberes de transparencia que incumben a los consejeros de entidades cotizadas, en aras a preservar la integridad del mercado. Sin embargo en las diligencias penales, según refiere la resolución sancionadora y se desprende de la propia documentación aportada por la actora, los hechos investigados eran otros. En efecto, lo allí investigado no se refiere ni guarda relación con el cumplimiento de los deberes de notificación de operaciones de adquisición y venta de participaciones relevantes en sociedades cotizadas (artículo 53 LMV) de las que el demandante es consejero por sí o por medio de sociedades por él controladas, sino hechos que pueden constituir delitos de aprovechamiento ilícito de información privilegiada (artículo 285 CP), falseamiento de las cuentas anuales (artículo 290 CP) y falseamiento de información económico-financiera (282 bis CP) contenida en los folletos de emisión de instrumentos financieros para captar nuevos fondos en julio y agosto de 2012. Tales hechos en modo alguno son identificables con los que han sido objeto de sanción, y por lo tanto el motivo debe decaer.

CUARTO.- En segundo lugar, se hace notar por parte de la demandante que la petición de suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal ex artículo 96 de la Ley 24/1988 se hizo en el trámite subsiguiente a la propuesta de resolución, sin que mereciera contestación alguna. En la resolución sancionadora recurrida se incluyó un apartado dedicado específicamente a dicha cuestión, lo que permite a la actora hablar de la verdadera y de la falsa resolución. Lo cierto es que solo existe una resolución, que fue la dictada por el Ministerio de Economía y Competitividad, siendo así que respecto de esta última el segundo motivo de impugnación articulado en la demanda imputa un vicio de incongruencia por no haberse pronunciado sobre aquella petición de suspensión, lo que habría infringido el artículo 89.1 de la Ley 30/1992, cuya infracción a su vez sería causa de anulación de la sanción impuesta. Este planteamiento de la actora no puede conducir a la estimación de este segundo motivo del recurso. La infracción del artículo 89.1 de la Ley 30/1992 no supone en todo caso y necesariamente un supuesto de nulidad de pleno derecho ex artículo 62 de la misma ley, a lo que se añade que en el caso enjuiciado se comunicó las razones para no acceder a la suspensión solicitada, por

lo que tampoco cabe hablar de indefensión ex artículo 63.2 de la repetida ley 30/1992, de donde que, en definitiva, aquella infracción jurídica constituiría tan solo una irregularidad no invalidante.

QUINTO.- En tercer lugar, y con invocación del derecho fundamental a la imparcialidad y neutralidad, se denuncia que se ha infringido el derecho del inculpado en el procedimiento sancionador a que no intervengan como instructores quienes incurren en causa de abstención y recusación, cuya infracción según opinión de la actora debería conllevar la anulación de la sanción. Tampoco este motivo de impugnación puede prosperar. En el caso no se ha acreditado la presencia de una causa precisa de abstención o recusación, sin que resulte plausible la tesis de la parte recurrente que trata de demostrar la falta de objetividad de los instructores sobre la base de la no concesión de una prórroga del plazo de alegaciones tanto en relación con el pliego de cargos como respecto de la propuesta de resolución, lo que, unido al clima de animosidad que según la opinión de dicha parte existía contra el recurrente en la CNMV y sus autoridades y funcionarios, probaría la falta de imparcialidad y neutralidad de los funcionarios que han intervenido en el procedimiento sancionador, cuyo discurso recursivo no puede merecer favorable acogida al fundarse en hechos que o bien no están acreditados o bien no constituyen causa alguna de abstención o recusación.

SEXTO.- El escrito de demanda articula los motivos de impugnación cuarto y sexto sobre la ausencia en el caso de los requisitos de antijuridicidad y de tipicidad, y para ello la parte actora juega con la distinción entre antijuridicidad formal y material, negando, por otra parte, que concurran en la conducta enjuiciada determinados elementos del tipo aplicado.

Según el artículo 99.p) de la Ley 24/1988 constituye infracción muy grave <<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>>, mientras que el artículo 53 de la misma ley dispone lo siguiente (en lo que ahora más interesa): <<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.

2. Las obligaciones establecidas en el apartado anterior serán también aplicables a cualquier persona que, con independencia de la titularidad de las acciones, tenga derecho a adquirir, transmitir o ejercer los derechos de voto atribuidos por las mismas, en los casos que se determinen reglamentariamente.

3. Igualmente se aplicará lo dispuesto en los apartados anteriores a quien posea, adquiera o transmita, directa o indirectamente, otros valores e instrumentos financieros que confieran derecho a adquirir acciones que atribuyan derechos de voto, en los términos que se determinen reglamentariamente.

4. Las obligaciones establecidas en los apartados anteriores también serán de aplicación cuando se produzca la admisión a negociación por primera vez en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea de las acciones de un emisor para el que España sea Estado de origen.

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>>.

A la demandante se le imputa cierto retraso en comunicar la información relativa a determinadas operaciones en los años 2013, 2012 y 2010. El plazo reglamentario para hacer la oportuna notificación de que se trata es de cinco días hábiles siguientes a aquél en el que tiene lugar la transacción (artículo 9 del Real Decreto 1333/2005). Sin embargo, el demandante ha obviado dichos deberes, pese a las advertencias, ya en 2010, por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores: En 2010, realiza una suscripción de acciones que afecta a un total de 350.848 acciones, que comportaron un descenso del capital del 24,27% al 18,03%, cumpliendo el deber de notificación con 30 días de retraso; en 2012, previo requerimiento por parte de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de abril de 2012, comunica la existencia de 228 operaciones (entre el 3 de marzo de 2010 y el 10 de abril de 2012), que conforman 181 ventas de acciones y 47 compras que afectaron a un total de 1.290.726 acciones, representativas de un 6,6% del capital, con una demora de entre 545 y 5 días; y finalmente, se realiza operación de venta (287.400 acciones, que representan el 1% del capital), cuya comunicación se produce con 6 días retraso. En 2013, nuevamente se produce un retraso de ente 20 y 85 días en la comunicación de 46 operaciones realizadas ente el 4 de diciembre de 2012 y el 27 de marzo de 2013.

Resulta significativo que en los requerimientos de 8 de marzo de 2010, 4 de abril de 2012, 18 de enero de 2013 y 6 de febrero de 2013 se hace advertencia expresa de las consecuencias sancionadoras que podría ocasionar el incumplimiento de la información.

Debe reiterarse la fundamentación que reflejamos en la sentencia de 21 de abril de 2015, a que nos hemos referido, recordando de nuevo que "A la actora se imputa una negligencia grave en el cumplimiento del deber de información de referencia ex artículo 99.p)

de la Ley 24/1988, cuyo tipo es perfectamente aplicable a la actuación de la recurrente habida cuenta el volumen y diversidad de las operaciones respecto de las que se retrasó el cumplimiento del deber de notificación y la entidad de la demora en que se incurrió al proporcionar la información debida, lo que afectó naturalmente a la transparencia del mercado, y sin que conste causa alguna de justificación capaz de legitimar la actuación objeto de la sanción combatida, por lo que ambos motivos de impugnación desfallecen”.

“El motivo de impugnación quinto esgrime una falta de culpabilidad al actuar la actora de acuerdo con la confianza legítima suscitada por la actitud de la CNMV con sus requerimientos previos, cuyos requerimientos traducirían una actitud condescendiente frente a los retrasos en que había incurrido la actora, a la que después se le reprocha nada menos que una infracción muy grave. Este motivo tampoco resulta plausible. En efecto, los previos requerimientos y advertencias difícilmente se pueden utilizar por la recurrente para ampararse en el principio de confianza legítima cuando precisamente le estaban alertando de una posible situación antijurídica en que estaba incurriendo, lo que debió excitar su celo en el cumplimiento del deber de información de referencia pues aquellos requerimientos y advertencias confirmaban la ilegalidad y no la legalidad de la conducta de la interesada, que estaba sometida al deber de notificación en cuestión en un plazo determinado en garantía de la transparencia del mercado. En definitiva, este motivo recursivo carece de términos hábiles para su acogimiento, concurriendo la imputabilidad y la culpabilidad de la demandante, que derivan de su sujeción al indicado deber de información y de su capacidad de infracción de la norma que lo impone con lesión del correspondiente bien jurídico, sin que, en fin, conste causa alguna de inculpabilidad”.

Tampoco cabe sostener, como propugna la demandante, que el bien jurídico protegido por el tipo sancionador no ha quedado lesionado, porque el incumplimiento del deber de información y comunicación no ha impedido que la CNMV conociera la existencia de las operaciones controvertidas, y además ello no ha comportado beneficios a favor del consejero sancionado. El bien jurídico protegido (integridad y transparencia en el mercado mediante la notificación de las operaciones de transferencia) sí ha quedado lesionado desde el momento en que el demandante ha hurtado a la Comisión información relevante que estaba obligado a proporcionar para el completo y eficaz conocimiento del mercado en condiciones de veracidad. Lo cierto es que el conocimiento de las operaciones significativas tiene lugar a través de los requerimientos y actividad de supervisión como expresamente se detalla en la resolución impugnada en los folios 37 y ss y 47. De la tan citada resolución no puede obtenerse la conclusión que propone la demandante, puesto que el íntegro conocimiento de los datos relevantes no tiene lugar en plazo, y es consecuencia de la labor de supervisión de la Comisión. Tal modo de actuar, comporta una lesión jurídica porque ni se dota a la Comisión de la información que es preceptiva, ni se efectúa en el plazo establecido.

El beneficio no integra el tipo, si bien puede ofrecer relevancia en el marco de la penalidad, como veremos a continuación.

SÉPTIMO.- En séptimo y último lugar, se combate la cuantía de la sanción impuesta con alusión a determinadas circunstancias, incidiéndose en particular en la no concurrencia de la circunstancia de reiteración, lo que se probaría con la cita de algunas sentencias del Tribunal Supremo. Es de notar al respecto que el límite superior de la sanción que se

consideró adecuada está representado por 600.000 € [artículo 102.1.a) de la Ley 24/1988], habiéndose impuesto a la actora una multa por importe de 300.000 €. La resolución recurrida ofrece una serie de razones para graduar la sanción impuesta: La ausencia de beneficio económico como consecuencia de la infracción, ni fondos utilizados para la comisión y al tratarse de persona física no cuenta con fondos propios (artículo 102 LMV); como criterio de atenuación toma en consideración la ausencia de sanciones firmes en los cinco últimos años (reincidencia), y como circunstancias de agravación el carácter reiterado de la infracción (artículo 131.1 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Se hace constar que las infracciones se han prolongado durante un periodo amplio (2010 y 2012) mediante una conducta gravemente negligente, por un lado; y una conducta dolosa en los referente a 2013, respecto de la cual la resolución llama la atención sobre el hecho de que estando requiriendo a la demandante para que informase acerca de las operaciones controvertidas, seguía operando en 2013 sin comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (páginas 37 a 39 de la resolución impugnada).

En suma, se advierte una conducta claramente negligente reconocida por el propio interesado (véase escrito de respuesta de 22 de marzo de 2010, que se recoge en la resolución impugnada), y una conducta dolosa que se infiere de la propia dinámica de los hechos. En tal caso, se impone la sanción en grado medio, atendiendo a la gravedad de los hechos, y a la existencia de una atenuante y una agravante, lo cual se considera apropiado (de acuerdo con el marco que ofrece al respecto el artículo 66.1. 7 CP, que permite en tal caso compensar las atenuantes y agravantes).

Las alegaciones de la demandante, reiterando las que fueron hechas valer en vía administrativa, no permiten anular la sanción y degradarla conforme solicita. Debe apuntarse, en línea con lo argumentado en la sentencia de 21 de abril de 2015 (PO 261/2014), que no puede acogerse la doctrina que expone acerca de la reiteración y la reincidencia, habida cuenta que las sentencias citadas versan sobre la agravante de reincidencia y no sobre la de reiteración, por lo que es de concluir que la sanción impuesta se acomoda a los parámetros de proporcionalidad que han de ser considerados. En este sentido, debe recordarse que la resolución sancionadora no aplica la agravante de reincidencia, sino la de reiteración entendida en sentido gramatical como comportamiento que se prolonga en el tiempo, que es precisamente el caso examinado. En efecto, hemos visto una pluralidad de conductas que de forma reiterada se reproducen en el tiempo, pese a las advertencias realizadas ante la demandante, haciendo ver las responsabilidades que comportaba su condición de consejero, y las consecuencias que la omisión de comunicación podría dar lugar. Y lejos de atender a las advertencias previas ha venido haciendo caso omiso de las obligaciones legales que finalmente se han materializado en la sanción discutida. Pero ello no quiere decir que se desconozcan los conceptos de reincidencia y reiteración, pues la interpretación y aplicación realizada por la Orden impugnada es adecuada a derecho.

El artículo 131.3 de la Ley 30/1992 establece que *"En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar: a) la existencia de intencionalidad o reiteración; b) la*

naturaleza de los perjuicios causados; c) la reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme". Puede verse fácilmente que la agravante que ha aplicado la Orden impugnada no es la reincidencia, por comisión de infracciones de la misma naturaleza, sino la reiteración de la conducta de forma repetida, como autoriza el precepto. Así ha de entenderse que, "en el concepto de reiteración tanto cabe el supuesto de la anterior sanción (que sin embargo no permite la reiteración por su ausencia de firmeza) como el de la simultaneidad de conductas, ya que repelería al principio de proporcionalidad sancionar por igual a quien ---aun sin ser reincidente---comete una conducta que al que la repite tres veces, o bien dejar al criterio del instructor el tramitar los expedientes de forma conjunta o, bien, separada y sucesiva (lo que permitiría entonces la aplicación de criterio). Por ello la Sala de instancia acierta cuando al examinar los preceptos citados señala ---matizando con precisión---que los mismos "aluden a una reiteración de conductas", que no de infracciones o de sanciones" (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 3 Diciembre 2008, rec. 6602/2004; o Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 21 Octubre 2014, Rec. 2319/2011).

OCTAVO.-Procede desestimar el recurso, con imposición de las costas a la parte actora de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo, impuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **don MFS**, contra la Orden de 10 de enero de 2014 del **MINISTERIO DE ECONOMÍA Y COMPETITIVIDAD**, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

La presente resolución es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación.

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.

AUTO DE ACLARACIÓN

Madrid; a catorce de mayo de dos mil quince.

Dada cuenta: por presentado el anterior escrito de la Procuradora Sra FD, únase a los autos de su razón;

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 14 de mayo de 2015 se dictó sentencia, siendo notificada a las partes con fecha 25 de mayo de 2015.

SEGUNDO.- Con fecha 26 de mayo del presente año la Procuradora de los Tribunales doña MFD, presentó escrito solicitando aclaración de sentencia toda vez que en la misma se indicaba de forma errónea que contra ella cabía Recurso de Casación ordinaria, cuando a tenor del artículo 96.3 de la LJCA sólo sería susceptible de Recurso de Casación para la unificación de doctrina, por razón de la cuantía.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

ÚNICO.- Dispone el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que *"Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, pero si aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan"*.

En el supuesto de autos, es claro el error material identificado por lo que se procede a rectificar dicho error.

Por lo expuesto

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Rectificar el error material relativo al fallo de la sentencia dictada en el presente recurso en el siguiente sentido:

Donde dice; *"La presente resolución es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN ante el Tribunal Supremo y que se preparará ante esta Sala en el plazo de los DIEZ DIAS contados desde el siguiente a su notificación"*. **Debe decir;** *"Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso ordinario de casación, por razón de la cuantía; sin perjuicio del **Recurso de Casación para unificación de Doctrina** (art. 96 y ss*

LJCA) ante el Tribunal Supremo y que se interpondrá directamente ante esta Sala sentenciadora en el plazo de TREINTA DÍAS, contados desde el siguiente a la notificación".

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/Ilmas Sres./Sra. al margen citados; doy fe.