

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE MARZO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 260/2011
Ponente: Dña. Lucía Acín Aguado
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 veinte de marzo de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso-administrativo nº 260/11 que, ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido Don J.A.B. representado por la Procurador de los Tribunales Dña. C.D.C. contra la resolución de 23 de marzo de 2011 dictada por el Ministro de Economía y Hacienda expediente RR 159/11 AS/tl por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden ministerial de 27 de diciembre de 2010 en la parte que acuerda imponer a Don J.A.B. una sanción de 6.000 euros al haber incumplido los deberes de información de la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada Banco Pastor SA. Ha intervenido como demandado el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 6.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 3 de junio de 2011 la representación procesal de la parte recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Una vez remitido el expediente administrativo se dio traslado a la parte recurrente para que presentara demanda.

Presentada demanda el 23 de septiembre de 2011 la parte solicitó *“dicte sentencia por la que, estimando las pretensiones deducidas, resuelva 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”*.

El Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 15 de diciembre de 2011 oponiéndose a la estimación del recurso.

No solicitado el recibimiento a prueba y presentadas conclusiones quedaron el 23 de febrero de 2012 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 19 de junio de 2012. Dicho día se acordó suspender el señalamiento al objeto de deliberar el mismo conjuntamente con el recurso 261/2011, señalándose para votación y fallo el 12 de marzo de 2013.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución de 23 de marzo de 2011 dictada por el Ministro de Economía y Hacienda expediente RR 159/11 AS/tl por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden ministerial de 27 de diciembre de 2010 en la parte que acuerda imponer a Don J.A.B. una sanción de 6.000 euros 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 al haber incumplido los deberes de información de la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada Banco Pastor SA en su condición de accionista significativo.

Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones.

1. Caducidad del procedimiento
2. Inexistencia de obligación de comunicar a título personal las modificaciones en su participación significativa en el Banco Popular pudiéndose realizar la notificación por la entidad que adquirió la participación
3. Con carácter subsidiario señala que el incumplimiento de la obligación de comunicar no es constitutivo por las circunstancias concurrentes de una infracción muy grave.

El Abogado del Estado se remite a los razonamientos de la resolución recurrida al ser el escrito de demanda una reiteración de los argumentos expuestos en el escrito de interposición del recurso de reposición.

SEGUNDO: Alega el recurrente que la orden de 27 de diciembre de 2010 por la que se resuelve el expediente fue dictada más de 3 meses después de la finalización del plazo establecido en el artículo 9 del Real Decreto 2119/1993 de 3 de diciembre sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros lo que determina a su juicio la caducidad del procedimiento.

El artículo 9.2 del Real Decreto 2119/1993 establece que "(...) 2. El órgano competente dictará la 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, según lo previsto en el artículo 8 o en el apartado anterior, tenían para ello".

Así, según el recurrente, siendo sus últimas alegaciones las presentadas el 2 de junio de 2010, y teniendo en cuenta la suspensión del procedimiento acordada mediante acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de fecha 24 de junio de 2010 y notificada al expedientado, el plazo para que se dictara la resolución del expediente, de conformidad con el citado artículo 9.2 del Real Decreto, finalizó el 20 de septiembre de 2010. En consecuencia, la Orden dictada por la Excm. Sra. Ministra de Economía y Hacienda de

fecha 27 de diciembre de 2010 que ponía fin al expediente, fue dictada más allá del plazo de tres meses legalmente establecido, circunstancia ésta, que determina la caducidad del procedimiento.

Esta alegación que reitera en el recurso contencioso-administrativo ya fue alegada al interponer el recurso de reposición y fue resuelta en la resolución del Ministro de Economía ahora impugnada. Así se indica en la misma que la norma que establece el plazo para la tramitación y resolución del expediente sancionador es el artículo 2 del Real Decreto 2119/1993, el cual dispone que *"el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación"*. En este caso la fecha de incoación del procedimiento es el 28 de enero de 2010 y la fecha de resolución del procedimiento sancionador el 27 de diciembre de 2010 notificada el 30 de diciembre de 2010, por lo que no se ha superado el plazo.

Cosa distinta a lo señalado, y que no debe llevar a confusiones, es el plazo parcial de tres meses al que hace referencia el recurrente en su escrito de alegaciones y que se recoge en el artículo 9.2 del Real Decreto 2119/1993, que se refiere a un plazo meramente procedimental para el impulso de la tramitación, sin que en nada afecte a la caducidad del expediente.

Se comparten estos razonamientos ya que para el cómputo del plazo de caducidad las fechas a tener en cuenta es el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento y no los plazos parciales establecidos para los distintos trámites del procedimiento. Ello se deduce del artículo 44 de la Ley 30/92 de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo común (aplicable a este procedimiento conforme a lo establecido en el artículo 98 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores) que establece que en los procedimientos iniciados de oficio en los que la Administración ejerce potestades sancionadoras el vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa produce la caducidad. El vencimiento del plazo se refiere al plazo para resolver el procedimiento fijado en el artículo 42 de la ley 30/92 y que se computa conforme a ese artículo desde el acuerdo de incoación hasta la notificación del mismo.

En este caso por tanto no habiéndose superado dicho plazo no existe caducidad, debiendo desestimarse esta alegación.

TERCERO: En este recurso contencioso-administrativo se va a analizar exclusivamente los hechos que integran la conducta imputada Don J.A.B. y que se refieren exclusivamente a la falta de comunicación de participaciones significativas en relación a la transmisión de acciones del Banco Pastor.

En este caso el 16 de diciembre de 2008 Cartera Meridional comunicó a la CNMV la transmisión de 500.000 acciones de Pastor que hicieron disminuir su porcentaje de derechos de voto en la citada entidad del 3,090% al 2,899%. La citada transmisión se realizó el 31 de julio de 2008.

La CNMV considera en la resolución recurrida que ello supone el incumplimiento de lo establecido en el artículo 53 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y que el hecho es constitutivo de una infracción prevista en el artículo 99 p) de la citada ley que tipifica como infracción muy grave en la redacción vigente en la fecha de los hechos "*p) La inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53 y 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.*"

No se discute por la parte recurrente que existía obligación de comunicar conforme a lo establecido en el artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores que establece la obligación de comunicar a la CNMV las operaciones de transmisión o adquisición de acciones que atribuyan derechos de voto o que hagan que la proporción de derechos de voto que quede en poder del accionista alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes que se establezcan. Estos porcentajes fueron fijados por el Real Decreto 1367/2007 siendo uno de ellos del 3%. Asimismo tampoco se cuestiona que la notificación fue realizada por CARTERA MERIDIONAL fuera del plazo establecido

Lo que cuestiona el recurrente es 1) la inexistencia de obligación de comunicar a título personal las modificaciones en su participación significativa en el Banco Popular pudiéndose realizar la notificación por la entidad que adquirió la participación y 2) que ese incumplimiento sea constitutivo de una infracción muy grave.

CUARTO: Alega el recurrente la inexistencia de obligación de comunicar a título personal las modificaciones en su participación significativa en el Banco Popular pudiéndose realizar la notificación por la entidad que adquirió la participación. Tal como razona la orden que resuelve el expediente sancionador la responsabilidad sobre las obligaciones de comunicación de participaciones significativas a la CNMV recae, tanto en CARTERA MERIDIONAL como en su accionista de control, Don J.A.B., y ello al ser ambos sujetos obligados, en atención a lo establecido en la normativa de aplicación.

En efecto, el artículo 23.1 del RD 1362/2007 dispone que la obligación de comunicación de participaciones significativas recae en los accionistas de la sociedad cotizada, entendiéndose por accionista "*toda persona física o jurídica que posea, directa o indirectamente a través de una entidad controlada*" acciones del emisor.

En este caso desde el 14 de diciembre de 2007 CARTERA MERIDIONAL SA es administrador (Presidente del Consejo de Administración) de la sociedad cotizada MONTEBALITO SA representada por Don J.A.B., accionista de control de CARTERA MERIDIONAL y a su vez de MONTEBALITO. Por ello, en el presente caso, tanto CARTERA MERIDIONAL como Don J.A.B. como accionista de control de la citada entidad-, resultan ser sujetos obligados.

Ahora bien el artículo 25 relativo a los sujetos obligados a notificar en el caso de grupos -definidos en el artículo 4 de la IMV-, establece que "*no será necesaria la notificación de las entidades que formando parte del mismo, sean sujetos obligados conforme a los artículos 23, 24 y 26, siempre que las notificaciones sean realizadas por la entidad o persona dominante*" pero a continuación señala que "*en todo caso, la persona dominante estar, obligada a*

notificar siempre que cualquiera de las sociedades por ella controladas alcance, descienda o supere los porcentajes establecidos en el artículo 23, aún cuando la posición final de derechos de voto de aquélla no se hubiese alterado".

Este es el supuesto que aquí concurre en relación a la transmisión de acciones del Banco Pastor ya que como consecuencia de esa operación la proporción de derechos de voto de CARTERA MERIDIONAL se ha reducido por debajo del 3%. Por lo tanto siendo Don J.A.B. accionista de control de CARTERA MERIDIONAL y, por ello, persona dominante, el mismo resulta estar sujeto, en todo caso, a la obligación de comunicación de participaciones significativas.

QUINTO: Establecido que Don J.A.B. ha incumplido la obligación de comunicación de participaciones significativas prevista en el artículo 53 de la Ley 24/1998 al no comunicar que el 31 de julio de 2008 había descendido del umbral del 3% en su participación accionarial de la sociedad Banco Pastor procede examinar si ese incumplimiento del artículo 53 de la Ley 24/1988 de la Ley del Mercado de Valores constituye una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 p) de la misma Ley *"la inobservancia del deber de información previsto en los artículos 35 bis, 53 y 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".*

Para resolver la cuestión planteada hay que tener en cuenta que la redacción de ese apartado fue introducida por la Ley 6/2007, de 12 de abril de modificación de la Ley 24/1988. Con anterioridad ese apartado calificaba como infracción muy grave *"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."*

La orden ministerial que pone fin al expediente explica el motivo de esta reforma y así señala que esta reforma vino inspirada en criterios de disciplina aplicados por la CNMV. Se remite al Informe anual de la CNMV del ejercicio 2004 en el que se señalaba que el hecho de que la LMV calificara como infracción muy grave el incumplimiento del deber de información de participaciones significativas en una sociedad cotizada, con las consiguientes relevantes consecuencias disciplinarias que ello conllevaba para los sujetos obligados a la vista de las sanciones que aquella prevé -incluida su publicidad- llevaba a considerar, por elementales razones de equidad, proporcionalidad y oportunidad, que, en ausencia de dolo, la falta de diligencia que exigía el tipo debía ser de igual naturaleza, grave y relevante, atendiendo a las circunstancias concurrentes. Circunstancias -se añadía- de carácter objetivo (en relación con la posición del sujeto en la sociedad cotizada, la trascendencia de la demora y del porcentaje de participación no comunicada en plazo y la relevancia del periodo en que la operación no informada se produjo), y de carácter subjetivo (en relación con el nivel de cumplimiento en general de sus deberes de información de operaciones sobre valores de la sociedad afectada y las demás circunstancias personales que hubieran podido concurrir en el sujeto obligado). Circunstancias que determinaban, por otra parte, la gravedad en la lesión al bien jurídico protegido por la norma.

En este caso concreto la resolución en el fundamento de derecho séptimo no aprecia que concurra dolo o ánimo de ocultación de Don J.A.B. pero sí negligencia grave por 1) la relevancia de la demora ya que la operación se comunicó con 94 días de retraso 2) la comunicación fuera de plazo se produce después de 4 requerimientos de la CNMV con expresa indicación de las normas de aplicación en materia de comunicaciones de participaciones significativas y 3) el motivo que se alegó para el retraso es un olvido al coincidir con el periodo vacacional de la persona encargada del envío.

Cuestiona el recurrente esta apreciación señalando que la relevancia del retraso no solo se mide por el periodo temporal del mismo sino por la trascendencia de la demora y en este caso no se razona en la resolución recurrida que trascendencia ha tenido el hecho de que como consecuencia de la operación no notificada el porcentaje de derechos de voto de Cartera Meridional en Pastor pasara del 3,090% al 2,899 %. Las acciones de Pastor transmitidas representan el 0,191 % de la totalidad de derechos de voto de la sociedad emisora y señala el recurrente que ni ella ni ninguna persona a ella vinculada ha tenido ningún tipo de representación en el Consejo de Administración. Añade que no consta se efectuara a Don J.A.B. ningún requerimiento en relación a una falta de comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas. Los 4 requerimientos a que se refiere la CNMV y que se detallan en el hecho probado tercero de la resolución recurrida (29 julio, 22 de agosto, 21 de octubre, 14 de noviembre de 2008) se realizaron a Cartera Meridional y en relación a comunicaciones realizadas con retraso en relación con la sociedad cotizada MONTEBALITO, por la que ha sido sancionada dicha sociedad en la misma resolución aquí impugnada.

En cuanto a la relevancia de la información omitida. Como señala la resolución recurrida uno de los pilares básicos sobre el que se sustenta el mercado de valores es el principio de transparencia, que implica que se transmita al mercado toda la información relevante para los inversores (entre esas informaciones que se dan al mercado se encuentra la relativa a la identidad de los partícipes significativos en el capital de las sociedades cotizadas y su participación en el mismo y que en este caso ha sido incumplida). En este caso la información omitida es relevante teniendo en cuenta que como consecuencia de esa operación la proporción de derechos de voto de CARTERA MERIDIONAL en Banco Pastor se ha reducido por debajo del 3%, por lo que ha perdido la condición de accionista significativo del Banco Pastor. Es esencial que esta información relevante para el mercado se remita en un corto plazo de tiempo, aun cuando ello no tenga incidencia en la representación en el órgano de administración de la sociedad cotizada, por cuanto es revelador de la mayor o menor confianza que los partícipes depositan en las perspectivas de negocio de dichas sociedades o en la evolución de la cotización.

En cuanto a la valoración de la demora. En este caso el retraso ha sido notorio ya que la operación se realizó el 31 de julio de 2008 y no se notificó debidamente hasta el 16 de diciembre de 2008 cuando el plazo previsto es de 4 o 5 días no siendo necesario para la apreciación del incumplimiento que se hubieran derivado perjuicios a terceros ya que se trata de una infracción de simple riesgo dado el carácter en si relevante de la información omitida cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente en sus decisiones de invertir o desinvertir en valores o instrumentos financieros.

Ciertamente no consta efectuado ningún requerimiento a Don J.A.B. persona física que controla el grupo Cartera Meridional con un porcentaje aproximado del 75% pero sí a Cartera Meridional que fue la que comunicó la operación, por lo tanto se pueden tener en cuenta los requerimientos efectuados a Cartera Meridional (de la que es accionista de control el recurrente) referidas a falta de comunicación de operaciones anteriores. Por otra parte como hemos señalado Don J.A.B., tenía obligación personal de notificar esta operación referida a Banco Pastor SA (la notificación de Cartera Meridional no exoneraba en este caso a Don J.A.B. de cumplir su obligación de notificar) por lo que no habría que analizar ni siquiera la existencia de una demora en la notificación ya que el Don J.A.B. no ha efectuado ninguna comunicación, al haber sido realizada por Cartera Meridional con una notable demora.

De ello deriva que la calificación como muy grave del incumplimiento se considera acertada teniendo en cuenta la relevancia de la comunicación no realizada y la demora en que se ha incurrido.

No se aprecia se haya vulnerado el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta que la sanción a imponer podía haber sido un máximo de 600.000 euros conforme al artículo 102 a) de la Ley del Mercado de Valores, habiéndose impuesto una sanción de 6.000 euros al tener en cuenta como circunstancia atenuante no haber sido sancionado con anterioridad por vulneración de normas de disciplina del mercado de valores.

SEXTO: Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso. 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **don J.A.B.** contra la resolución de 23 de marzo de 2011 dictada por el Ministro de Economía y Hacienda expediente RR 159/11 AS/tl por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden ministerial de 27 de diciembre de 2010 en la parte que acuerda imponer a Don J.A.B. una sanción de 6.000 euros al haber incumplido los deberes de información de la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada Banco Pastor SA y en consecuencia se declara conforme a derecho en los extremos examinados. No se hace condena en costas.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual se remitirá junto con el expediente administrativo a la Oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.