

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE MARZO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 498/2011
Ponente: D.ª Mercedes Pedraz Calvo
Acto Impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de mayo de 2011 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 31 de enero de 2011.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintinueve de marzo de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 498/11 que ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Sra. Z.L. en nombre y representación de don J.R.C.P. y CORPORACIÓN FINANCIERA ISSOS S.L. frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por la Ministra de Economía y Hacienda el día 9 de mayo de 2011 en materia relativa a sanciones de multa por infracciones de la Ley del Mercado de Valores, con una cuantía de 24.000 euros para la persona física y 12.000 euros para la persona jurídica. Ha sido Ponente la Magistrado D.ª Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo el día 19 de septiembre de 2011 contra la resolución de referencia, que fue turnado a la Sección Tercera. Esta la remitió a esta Sección Sexta el día 26 de septiembre siguiente, y previo requerimiento para la subsanación de determinados defectos, se dicta por esta Sala diligencia de ordenación relativa a la interposición del recurso.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que se revoque la Orden Ministerial recurrida declarando la improcedencia de las sanciones impuestas, o alternativamente, caso *"de mantenerlas, reduzca el grado de imposición de las mismas al nivel más leve posible"*.

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 27 de marzo de 2012, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por la Ministra de Economía y Hacienda el día 9 de mayo de 2011 por la que resuelve, para desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto, entre otros,

por don J.R.C.P. y CORPORACIÓN FINANCIERA ISSOS S.L. hoy actores, contra la Orden Ministerial de 31 de enero de 2011 resolviendo expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En dicha Orden se declara que:

- Don J.R.C.P. hoy actor es responsable de una infracción muy grave tipificada en la ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988 en el art. 99 letra p) en relación con el art. 53 del mismo texto legal al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada REYAL URBIS S.A. en su condición de accionista significativo de esta. Se le impone una multa de 12.000 euros.

- CORPORACION FINANCIERA ISSOS S.L. hoy actora es responsable de una infracción muy grave tipificada en la ley del Mercado de Valores, ley 24/1988 en el art. 99 letra p) en relación con el art. 53 del mismo texto legal al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada REYAL URBIS S.A. en su condición de accionista significativo de esta. Se le impone una multa de 12.000 euros.

- Don J.R.C.P. hoy actor es responsable de una infracción muy grave tipificada en la Ley del Mercado de Valores, Ley 24/1988 en el art. 99 letra p) en relación con el art. 53 del mismo texto legal al haber incumplido los deberes de información a la CNMV en relación con las comunicaciones de participaciones significativas en la sociedad cotizada INMOBILIARIA COLONIAL S.A. en su condición de consejero de esta. Se le impone una multa de 12.000 euros.

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan expresamente por reproducidos los hechos declarados probados por la Orden de 31 de enero de 2011 de la Ministra de Economía y Hacienda.

En particular es de destacar que en el escrito de demanda se reconoce que el Sr. C. era accionista significativo de REYAL URBIS a través de la sociedad CFI (Corporación Financiera Issos) y comunicó sus participaciones significativas en la empresa fuera del plazo establecido en el Real Decreto 1362/2007; se alega que las participaciones de CFI eran titularidad en su totalidad de la sociedad DELFOS 2002 participada en el 40% por el Sr. C., en el 30% por doña C.A.C. y en el 30% por Don J.R.C.A. (hecho tercero de la demanda).

Igualmente CFI como consejero de la sociedad cotizada REYAL URBIS incumplió los deberes establecidos en el Art. 53.5 de la LMV en relación con el art. 9 del RD 1333/2005 al retrasar la información de una opción de venta por el 4,905% de derechos de voto que CFI tenía en la fecha de admisión a cotización de las acciones de REYAL URBIS, y al retrasar la información relativa a una modificación del periodo de ejercicio de la opción de venta anterior.

El Sr. C., en su condición de consejero de INMOBILIARIA COLONIAL retraso la realización de comunicaciones relativas a su posición accionarial y operaciones relacionadas con instrumentos financieros de dicha sociedad.

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, que básicamente coinciden con los expuestos en el recurso de reposición, son los siguientes:

- En relación con la sanción impuesta al Sr. C. en su condición de accionista significativo de REYAL URBIS a través de CORPORACION FINANCIERA ISSOS S.L. (CFI) alega que en el momento de los hechos esta empresa era titular del 4,905% de las acciones de REYAL URBIS, sociedad cotizada, que a su vez CFI era el 40% del Sr. C., el 30% de D.ª C.A.C. y el 30% de Don J.R.C.A.

Reconoce que el R.D. 1362/2007 establece en su art. 23 la obligación de todo accionista con un porcentaje superior al 3% del capital social de una entidad cotizada a notificar dicha participación a la CNMV, pero dado que los accionistas de la empresa que tiene el control de CFI no tienen ninguno de ellos el 50% significa que ninguno la controla y por lo tanto las personas físicas no tienen que cumplir esta obligación.

- En relación con la sanción impuesta a CORPORACION FINANCIERA ISSOS S.L (CFI) por el retraso en la comunicación de una operación de opción de venta y su modificación sobre un porcentaje de acciones de REYAL URBIS sociedad cotizada, en su condición de consejero de la misma, la actora alega que existió el retraso pero que no se ha lesionado el bien jurídico protegido, al haberse producido un simple retraso en el incumplimiento de lo que no es sino un simple deber formal.

- En relación con la sanción impuesta al Sr. C. por el retraso en la comunicación de sus posiciones y operaciones realizadas con acciones e instrumentos financieros de COLONIAL, sociedad cotizada, alega que realizó notificaciones para regularizar sus obligaciones, aunque considera que la CNMV ya disponía de la información por otros medios.

Es una alegación común a las tres infracciones la falta de concurrencia de proporcionalidad y culpabilidad en la imposición de la sanción.

CUARTO.- Entrando a examinar los motivos de impugnación alegados en relación con la sanción impuesta al Sr. C. en su condición de accionista significativo de REYAL URBIS, la actora se ampara en el art. 4 LMV para considerar que ninguna persona física tenía el control de CFI por lo que el Sr. C. no tenía la obligación de comunicación del art. 53 LMV. Pese a todo lo hizo, por lo que no se ha cometido la infracción, porque no se ha inobservado el cumplimiento del deber de información que es lo que exige el art. 99 LMV.

El artículo 99 letra p) de la Ley del Mercado de Valores, tipifica como infracción muy grave de las personas físicas y jurídicas que están contempladas en el art. 95 de la misma ley (es decir aquellas a las que resulten de aplicación los preceptos de la ley, ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de las mismas) *"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."*

Considera que el bien público protegido, la transparencia del mercado, no se vio afectado por este retraso en la comunicación. En todo caso, se trataría de una infracción leve.

Es relevante poner de manifiesto, como hizo la CNMV en su momento, la trascendencia que para la consecución de los objetivos establecidos en la ley tiene el principio de transparencia, en cuanto a que debe transmitirse al mercado toda la información relevante para los inversores, y a esto se acompaña la exigencia de que la información transmitida sea correcta y veraz, y desde luego que se transmita en tiempo relevante y útil. Resulta evidente que si la información se transmite completa y veraz pero fuera del momento en que es relevante o con retraso, o sin sujeción a las formas previstas por la ley, equivaldría a la no transmisión pues a menudo el transcurso del tiempo convierte a determinada información en irrelevante. Es por esto que es una exigencia razonable el que por los obligados al suministro de información a la CNMV se cumpla tal exigencia en tiempo, y además en forma, pues no puede en ningún caso equipararse la aparición de noticias en los medios de comunicación, con la entrega de información a la CNMV por los sujetos obligados según la LMV.

En este caso, el art. 53 pfo. 1 LMV establece que *"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."*

El artículo 23 del Real Decreto 1362/2007 establece:

"Artículo 23. Notificación por el accionista al emisor de la adquisición o cesión de participaciones significativas.

1. El accionista que adquiera o transmita acciones que atribuyan derechos de voto de un emisor para el que España sea Estado de origen, cuyas acciones estén admitidas a negociación en un mercado secundario oficial español o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, deberá notificar al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la proporción de derechos de voto que quede en su poder cuando, como resultado de dichas operaciones, esa proporción alcance, supere o se reduzca por debajo de los umbrales del 3 %, 5 %, 10 %, 15 %, 20 %, 25 %, 30 %, 35 %, 40 %, 45 %, 50 %, 60 %, 70 %, 75 %, 80 % y 90 %.

A los efectos de este Real Decreto se entenderá por accionista, toda persona física o jurídica que posea, directa o indirectamente a través de una entidad controlada:

- a. Acciones del emisor en nombre propio y por cuenta propia;*
- b. Acciones del emisor en nombre propio, pero por cuenta de otra persona física o jurídica;*
- c. Certificados de depósito, en cuyo caso el tenedor de dichos certificados de depósito será el titular de las acciones subyacentes representadas por los certificados de depósitos.*

Se entenderá por control lo establecido en el artículo 4 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, de la Ley del Mercado de Valores.

2. Los derechos de voto se calcularán sobre la totalidad de las acciones que los atribuyan, incluso en los supuestos en que el ejercicio de tales derechos esté suspendido.

A efectos de lo dispuesto en este artículo, el porcentaje de derechos de voto se calculará sobre la base del número total de derechos de voto de acuerdo con la publicación más reciente efectuada por el emisor y publicada en la página web de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

3. Si se produjera un cambio en el número total de derechos del voto del emisor, los accionistas notificarán al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores la proporción de derechos de voto que alcance, supere o se reduzca por debajo de los porcentajes señalados en el apartado 1 de este artículo, sobre la base de la nueva información comunicada por el emisor a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y hecha pública."

Y el art. 35, que regula los plazos de notificación establece:

"1. La notificación al emisor y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hará en el plazo máximo de cuatro días hábiles bursátiles, a contar desde el día siguiente al que la persona obligada haya conocido o debiera haber conocido la adquisición o transmisión de las acciones o la posibilidad de ejercer los derechos de voto correspondientes.

A los efectos de este apartado, se entenderá que los sujetos obligados a comunicar debieran haber tenido conocimiento de la adquisición, cesión o la posibilidad de ejercer los derechos de voto dentro de los dos días hábiles bursátiles siguientes a la transacción."

El artículo 9 del Real Decreto 1333/2005 regula la comunicación de las transacciones de los administradores y directivos en los siguientes términos:

"1. Cuando el emisor tenga su domicilio social en España, sus administradores y directivos, así como las personas que tengan un vínculo estrecho con éstos, habrán de comunicar a la CNMV todas las operaciones realizadas sobre acciones del emisor admitidas a negociación en un mercado regulado o sobre derivados u otros instrumentos financieros ligados a dichas acciones.

2. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se entenderá por directivo cualquier responsable de alto nivel que tenga habitualmente acceso a la información privilegiada relacionada, directa o indirectamente, con el emisor y que, además, tenga competencia para adoptar las decisiones de gestión que afecten al desarrollo futuro y a las perspectivas empresariales del emisor.

3. Asimismo, se entenderá por persona que tiene un vínculo estrecho con los administradores o directivos:

a. El cónyuge del administrador o directivo o cualquier persona unida a éste por una relación de afectividad análoga a la conyugal, conforme a la legislación nacional.

b. Los hijos que tenga a su cargo.

c. Aquellos otros parientes que convivan con él o estén a su cargo, como mínimo, desde un año antes de la fecha de realización de la operación.

d. Cualquier persona jurídica o cualquier negocio jurídico fiduciario en el que los administradores o directivos o las personas señaladas en los párrafos anteriores sean directivos o administradores; o que esté directa o indirectamente controlado por alguno de los anteriores; o que se haya creado para su beneficio; o cuyos intereses económicos sean en gran medida equivalentes a los de los anteriores.

e. Las personas interpuestas. Se considerará que tienen este carácter aquellas que, en nombre propio, realicen transacciones sobre los valores por cuenta del administrador o directivo obligado a

comunicar. Se presumirá tal condición en aquellas a quienes el obligado a comunicar deje total o parcialmente cubierto de los riesgos inherentes a las transacciones efectuadas.

4. La notificación a que se refiere este artículo habrá de efectuarse en los cinco días hábiles siguientes a aquel en el que tiene lugar la transacción. Además, dicha notificación deberá incluir la siguiente información:

- a. El nombre de la persona que ejerza un cargo directivo en el emisor o, cuando proceda, el nombre de la persona que tenga un vínculo estrecho con ella.*
- b. El motivo de la obligación de notificación.*
- c. El nombre del emisor.*
- d. La descripción del valor o instrumento financiero.*
- e. La naturaleza de la operación.*
- f. La fecha y el mercado en el que se haga la operación.*
- g. El precio y volumen de la operación.*

5. Si el emisor no tiene su domicilio social en la Unión Europea, también habrán de ser comunicadas a la CNMV las transacciones a que se refiere el apartado 1 cuando las acciones del emisor hayan sido admitidas a cotización en primer lugar dentro de la Unión Europea en un mercado secundario oficial español.

6. La CNMV inscribirá las notificaciones en el registro previsto en el artículo 92 j de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

7. Se habilita a la CNMV para establecer los modelos de notificación de las transacciones de administradores y directivos. Además, la CNMV podrá regular procedimientos con el fin de evitar la duplicación de notificaciones de una misma persona en el caso de concurrencia de la obligación de notificación establecida en este artículo con la establecida en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, sobre comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas y de adquisiciones por éstas de acciones propias.”

Por último, la Disposición Transitoria única del R.D. 1362/2007 establece un plazo de 15 días para que las personas físicas y entidades, que resulten ser sujetos obligados por aplicación de dicha norma comuniquen a la CNMV su porcentaje de derechos de voto.

La Administración entiende que de las dos opciones que contempla el art. 99 letra p) LMV es este un supuesto de negligencia, alegando la actora que se trataría de negligencia leve. La Sala considera, con la Administración que se trata de negligencia grave, por los dos elementos que concurren en el hecho base examinado: la comunicación es relevante por la trascendencia de la participación accionarial implicada, y el retraso es grande pues frente a los 15 días previstos en el Real Decreto la comunicación se produjo el día 17 de noviembre de 2008 y según la Disposición Final Tercera la entrada en vigor del Real Decreto se produjo dos meses después de su publicación en el BOE que a su vez tuvo lugar el día 20 de octubre de 2007, es decir, diez meses de demora.

En cuanto al hecho de que CF ISSOS era de DELFOS 2002 y en esta solo tenía un 40%, el hecho de que los restantes accionistas fueran su esposa y su hijo, conlleva que dicha sociedad DELFOS 2002 actuara con unidad de decisión y control en relación con CFI. Ha quedado así acreditado que el Sr. C. detentaba una participación significativa indirecta, a través de una

sociedad CF ISSOS controlada por una sociedad familiar en la que detentaba el 40% del capital, siendo tal participación significativa superior al 3% fijado por la ley, en concreto, el 4,905% y por tanto estaba sometido a la obligación de notificar dicha participación a la CNMV, lo que no hizo en tiempo, sino con un retraso de diez meses.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de este primer motivo de recurso.

QUINTO.- En relación con la sanción impuesta a CF ISSOS por el incumplimiento de la obligación que le corresponde como consejero de REYAL URBIS, como señaló la CNMV la comunicación por parte de los administradores de sociedades cotizadas de sus operaciones sobre valores de una sociedad de estas características es fundamental por versar sobre una información especialmente relevante para los inversores porque es *"indicativa de la confianza de aquellos en sus perspectivas y el precio que les asignan"* y constituye igualmente *"un elemento preventivo de abuso de mercado e instrumento de supervisión para la CNMV"*.

En este caso, se trató de una opción de venta, y de la modificación del plazo de ejercicio de la opción sobre un porcentaje de acciones de REYAL URBIS, sociedad cotizada.

Como se analizó más arriba, la negligencia grave queda probada en primer lugar, por la trascendencia de la información, y en segundo lugar, por la entidad del retraso, en este caso, un año y cuatro meses la opción y once meses la modificación, cuando la ley obliga a realizarlas en el plazo de siete días.

El art. 53.5 LMV establece la obligación de comunicar cualquier operación sobre acciones, valores u *"otros instrumentos financieros referenciados a dichas acciones"* entre ellos, por aplicación de lo dispuesto en el art. 31 del RD 1362/2007 *"los instrumentos financieros que den derecho a adquirir o transmitir acciones que tengan derechos de voto atribuidos"* y por lo tanto, debió comunicar CF ISSOS la opción de venta y su modificación.

En relación con la sanción impuesta al Sr. C. como consejero de COLONIAL frente a la alegación de que realizó notificaciones para regularizar sus obligaciones, y que la CNMV ya disponía de la información por otros medios, y comenzando por las notificaciones realizadas, el art. 53 apartado 5 establece que *"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"*. Es pues una obligación de comunicación directamente relacionada con la transparencia que la LMV exige para las sociedades cotizadas y sus administradores. El recurrente no realizó las comunicaciones a que venía obligado, detalladas por la CNMV, todas ellas relevantes, tanto en cuanto al contenido de las mismas (sus posiciones como detentador de un 5,012% en el momento del nombramiento como consejero, así como el instrumento de venta futura de acciones representativas de un 3,40%, adquisición de una opción de compra y venta de acciones representativas de un 6,4% de derechos de voto, etc.) como en cuanto al retraso que fue según los casos de ocho meses, diez meses, cuatro meses y tres semanas.

Deben por tanto desestimarse estos motivos de impugnación.

SEXTO.- En relación con la alegada infracción del principio de proporcionalidad, en el derecho administrativo español, este principio de proporcionalidad tiene como base el principio de legalidad, es decir, los comportamientos constitutivos de infracción administrativa y las consecuencias jurídicas derivadas de su tipificación deben estar previstos en una ley. La aplicación de esta previsión legal debe perseguir fines legítimos, y la propia LRJPAC en su artículo 53 pfo. 2 dispone que el contenido de los actos administrativos será adecuado a sus fines. Por otra parte, este principio determina la exigencia de motivación de los actos administrativos sancionadores, motivación que no puede en nuestro sistema jurídico limitarse a la descripción de los hechos constitutivos de la infracción, de la culpabilidad del sujeto pasivo de la imputación, y a imponer la correspondiente sanción: la exigencia de que esta sea proporcionada a los anteriores determina que la Administración deba exponer razonadamente los motivos por los que impone esa concreta sanción y no otra más leve o más grave.

El ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración deberá respetar otros requisitos: la idoneidad, porque debe mostrar ser la adecuada para alcanzar el fin previsto al tipificarse; la necesidad, porque debe ser la que se precisa para alcanzar el fin previsto, no siendo posible lograrlo mediante medidas menos gravosas para el administrado sancionado; la proporcionalidad en sentido estricto, porque debe haber adecuación entre la sanción y la infracción.

En cuanto a la proporcionalidad del importe de la sanción de multa, el examen de los márgenes que ha previsto la ley en relación con la cuantía de la sanción de multa, permite comprobar que se ha impuesto en el grado mínimo pues el art. 102 letra a) LMV ha previsto tanto para la persona física como para la persona jurídica un importe de multa de hasta 600.000 euros:

"a. Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 5 % de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 % de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 600.000 euros."

Y habiéndose impuesto la multa de 12.000 euros por cada una de las tres infracciones, esta sanción se encuentra en el mínimo del mínimo, y es proporcional y así manifiesta la CNMV que *"a fin de dar cumplimiento al principio de proporcionalidad, se considera proporcional imponer las multas en cuantía dentro de su tercio inferior y parámetros menores, aun con una relevancia económica suficiente para retribuir las infracciones cometidas y disuadir futuros incumplimientos"*.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de las resoluciones impugnadas por ser conformes a derecho.

SEPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don J.R.C.P. y CORPORACION FINANCIERA ISSOS S.L. contra la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 9 de mayo de 2011 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos así como la Orden de la que trae origen por ser conformes a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

ASI por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.