

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE MARZO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 38/2015
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 19 de enero de 2015
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a veintitrés de marzo de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 38/2015 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto **D. MFF** representado por la Procuradora de los Tribunales D^a MFD y asistido del Letrado D. JGP contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad de 19 de enero de 2015 en la parte que acuerda imponer a D. MFF, Presidente Ejecutivo de PESCANOVA, S.A una multa de 150.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53 bis, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la no comunicación a la CNMV y difusión de operaciones sobre acciones propias realizadas durante el periodo comprendido entre el 29 de enero y el 29 de abril de 2009. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 150.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El 11 de febrero de 2015 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda el 17 de septiembre de 2015 la parte solicitó *"dicte sentencia por la que anule y deje sin efecto la resolución que es objeto del presente recurso contencioso-administrativo por los motivos que se precisan en el apartado IV de la demanda en el que consta el orden en que se hacen valer cada uno de los deducidos en la fundamentación jurídica contenida en el apartado III del presente escrito de demanda"*.

Se emplazó al Abogado del Estado que contestó a la demanda mediante escrito de 15 de octubre de 2015. Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, una vez presentadas conclusiones quedaron el 25 de enero de 2016 pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 23 de enero de 2018 en que efectivamente tuvo lugar.

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 DE DERECHO

PRIMERO: El acto impugnado es la orden del Ministro de Economía y Competitividad en la parte que acuerda imponer a D. MFF, Presidente Ejecutivo de PESCANOVA, S.A. una multa de 150.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en

el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53 bis, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), por la no comunicación a la CNMV y difusión de operaciones sobre acciones propias realizadas durante el periodo comprendido entre el 29 de enero y el 29 de abril de 2009.

El recurrente no discute los hechos es decir que en el periodo entre el 29 de enero y el 29 de abril de 2009 PESCANOVA, a través de WORSHIPFUL sociedad constituida en Madeira controlada por el Presidente de Pescanova D. MFF, adquirió acciones propias con derechos de voto atribuidos que superaron el 5,14% de los derechos de voto de las acciones correspondientes a su capital social, lo que no fue comunicado a la CNMV con incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 bis de la LMV.

Tampoco cuestiona la calificación de esos hechos como infracción muy grave prevista en el artículo 99 p) de la LMV, que como tal califica *"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"*.

Las cuestiones que plantea son tres

1. Prescripción de la infracción muy grave.
2. Falta de suspensión de la tramitación del procedimiento sancionador número 7/2014 hasta la resolución de las diligencias previas 31/13 T del Juzgado Central de Instrucción número 5.
3. Graduación de la sanción.

SEGUNDO: En cuanto a la prescripción de la infracción muy grave, el recurrente alegó en vía administrativa que en el período comprendido entre el 29 de enero y 29 de abril de 2009, que es cuando se cometió la infracción los plazos aplicables eran los previstos en el artículo 132.1 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y procedimiento administrativo común (LRJPAC) que establece que *"las infracciones muy graves prescribirán a los tres años"* y no era aplicable al no estar en vigor el artículo 101 bis de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (en adelante LMV) añadido por la disposición final de la Ley 2/2011 que establece un plazo de prescripción de las infracciones graves de 5 años.

La CNMV señala en la resolución recurrida que el plazo previsto en la Ley 30/92 es subsidiario para el caso de que las leyes que establezcan infracciones no fijen plazos de prescripción y en este caso no resulta aplicable ese plazo subsidiario ya que el artículo 98 de la LMV en la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos se remitía al artículo 7.1 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC) que establecía que *"las infracciones muy graves y las graves prescribirán a los 5 años"*.

El artículo 98 de la LMV en la redacción vigente en el momento de cometerse los hechos establecía lo siguiente: *“En materia de procedimiento sancionador, resulta de aplicación la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y su desarrollo reglamentario, con las especialidades resultantes de los artículos 21 a 24 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Igualmente será aplicable en el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores lo dispuesto en los artículos 7, 14 y 15 de la citada Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como, en relación con las entidades comprendidas en el número 1 del artículo 84 de esta Ley, lo previsto en el artículo 17 de aquella”*. Y el artículo 7.1 de la Ley 26/1988 establece que *“las infracciones muy graves y las graves prescribirán a los 5 años”*.

Frente a ello alega el recurrente en el escrito de demanda que no tiene sentido ya que sería reiterativo que se introduzca por la Ley 2/2011, el artículo 101 bis LMV para que fijara un plazo de prescripción que ya estaba fijado según la Administración en otro artículo de la misma Ley (artículo 98 de la LMV). Por ello entiende que si la disposición final 5.23 de la Ley 2/2011 de 4 de marzo, de economía sostenible añadió el artículo bis a la LMV fue porque el artículo 98 de esta última Ley y su remisión al artículo 7 de la LDIEC no decían lo mismo de lo que dice el nuevo precepto bis. Los preceptos "antiguos" estaban referidos exclusivamente a las sanciones que según la LMV pasaban a ser competencia de la CNMV en relación con las entidades a las que se refería la LDIEC pero desde luego no establecía una regulación idéntica a la que luego hubo de introducir el nuevo artículo 101 bis LMV.

Esta alegación no puede ser estimada ya que el único argumento que expone el recurrente que el mismo titula de "argumento de la no redundancia" no es lo suficientemente sólido como para sostener la interpretación que realiza de ese precepto. El tenor literal del precepto lleva a otra interpretación ya que el artículo 98 LMV no especifica al remitirse al artículo 7 LDIEC que sólo es aplicable ese plazo de prescripción a las infracciones cometidas por entidades de crédito previstas en esa Ley, sino que con carácter general señala que *“será aplicable en el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida a la Comisión Nacional del Mercado de Valores lo dispuesto en los artículos 7,14 y 15”*. Cuando el legislador ha querido delimitar que la remisión es a un supuesto concreto, así se ha dicho expresamente tal como realiza en ese mismo precepto y párrafo de la LMV en relación al artículo 17 LDIEC acotando que sólo es aplicable a las entidades comprendidas en el número 1 del artículo 84 de la LMV. La Ley 2/2011 no introduce por tanto ninguna novedad sino que sistematiza de un modo más claro el plazo de prescripción de las infracciones, plazo de prescripción que ya estaba establecido en el artículo 98 LMV mediante la remisión al artículo 7 de LDIEC. Por otra parte tampoco hace referencia el recurrente a alguna razón que justifique la aplicación por la CNMV en el ejercicio de la potestad sancionadora de un diferente plazo de prescripción por la comisión de infracciones muy graves por entidades de crédito sujetas a lo establecido en la LDIEC y las reguladas en la LMV.

TERCERO: Alega en segundo lugar que la CNMV y el Ministerio de Economía y

Competitividad debieron suspender la tramitación del procedimiento sancionador n° 7/2014 hasta la resolución de las diligencias previas 31/13 del Juzgado Central de Instrucción n° 5. Se reitera por tanto la alegación realizada en vía administrativa que ya ha sido respondida por la Administración y en definitiva lo que se cuestiona es si concurren los presupuestos para que se aplique el artículo 96 LMV que establece la suspensión del procedimiento administrativo sancionador incoado por la CNMV *“cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a esta Ley sea racionalmente imposible”*.

El recurrente señala que concurren los presupuestos para que se aplique el artículo 96 LMV ya que uno de los delitos que se le imputa es el previsto en el artículo 294 del Código Penal que castiga con pena de prisión a los administradores que *“negaren o impidieren la actuación de las personas órganos o entidades inspectoras o supervisoras”*. Señala que otros expedientes han sido suspendidos y en concreto el expediente sancionador 10/2013 en el que el hecho imputado era la falta de remisión a la CNMV del informe financiero del segundo trimestre de 2012 y en este caso el hecho que se enjuicia es la falta de remisión a la CNMV de información sobre concretas operaciones de autocartera de Pescanova SA, por lo que se debía haber aplicado el mismo criterio. Aporta con el escrito de demanda providencia de 12 de julio de 2013, auto de 16 de agosto de 2013 y de 27 de enero de 2014 del Juzgado Central de Instrucción n° 5 dictados todos ellos en el procedimiento abreviado 31/2013.

A la vista de las resoluciones dictadas por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 no se aprecia que concurren los presupuestos para suspender este concreto procedimiento sancionador. Así consta que los hechos que pueden ser constitutivos de un delito del artículo 294 del Código Penal son los que han sido objeto del expediente sancionador de la CNMV 11/2013 en que específicamente se imputa por la CNMV la presunta comisión de una infracción muy grave prevista en el artículo 99 t) LMV por *“negativa o resistencia a la actuación supervisora o inspectora de la CNMV”* y respecto del cual la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional advierte expresamente identificando ese procedimiento administrativo que esos mismos hechos pudieran ser constitutivos de la infracción penal prevista en el artículo 294 del Código Penal. Ciertamente otros expedientes han sido suspendidos y en concreto el que señala el recurrente (expediente CNMV 10/2013) pese a que la propia Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional señaló en la providencia de 12 de julio de 2013 que *“al día de la fecha el procedimiento no se sigue por los hechos recogidos en el expediente sancionador incoado por Acuerdo del Comité ejecutivo de la CNMV de fecha 16/5/2013 contra los consejeros de PESCANOVA SA relativos a la falta de presentación del informe del segundo semestre de 2012 de la entidad (art. 99 m) LMV”*. Ahora bien en ese caso existe un acuerdo del Ministro de Economía que justifica las razones por las que procede acordar la suspensión del expediente 10/2013 CNMV en el que el hecho imputado es la falta de remisión del informe financiero del segundo semestre de 2012 señalando que existe una conexión dado que si bien es cierto que hechos que han dado origen al procedimiento penal son falseamiento de las cuentas anuales y falseamiento de información económico- financiera correspondientes a los ejercicios 2009 a 2011 y si se acredita penalmente que ha existido una conducta dolosa mantenida en el tiempo, al menos desde el ejercicio 2009 hasta la fecha, de engaño al Consejo de Administración de Pescanova, ésta circunstancia puede ser considerada

como determinante a la hora de establecer la responsabilidad individual de cada consejero expedientado por la no remisión del Informe financiero anual del segundo semestre de 2012.

En este caso el hecho imputado no es una negativa o resistencia a la actuación supervisora o inspectora de la CNMV, sino la falta de notificación de una operación de autocartera a la CNMV, que es un hecho por tanto distinto del tipo penal previsto en el artículo 294 del Código Penal que tipifica el hecho de negar o impedir la actuación de entidades inspectoras.

CUARTO: En cuanto a la graduación de la sanción la CNMV ha tenido en cuenta 4 circunstancias:

1. La especial naturaleza y entidad de la infracción cometida atendiendo al muy relevante porcentaje que sobre su capital representaron las acciones propias no declaradas, el 5,14%, cuando la norma impone ya su publicidad al alcanzar o superar el 1%.
2. El carácter doloso de aquella al mediar ánimo de ocultación, como se deduce de la utilización para su adquisición de una persona interpuesta no residente en España y no declarada, lo que prácticamente imposibilitaba su detección para los servicios de supervisión e inspección de la CNMV.
3. La circunstancia de haber sido el Sr. FF sancionado previamente en los últimos cinco años por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores por dos resoluciones firmes en vía administrativa que se identifican.
4. El carácter de su representación en cuanto Presidente Ejecutivo de Pescanova.

La circunstancia de graduación relativa al carácter doloso al mediar ánimo de ocultación no puede ser aplicada tal como señala el recurrente por cuanto precisamente ese hecho es el que ha determinado la calificación de la infracción como muy grave del artículo 99 LMV (que exige que exista un interés de ocultación o negligencia grave) en vez de grave prevista en el artículo 100 j) LMV (que sanciona el incumplimiento de la obligación contenida en el artículo 35 cuando no constituya infracción grave). Así la resolución recurrida para calificar la infracción como muy grave razona (párrafo último de fundamento de derecho cuarto) que *"En este caso se puede afirmar la presencia de un incumplimiento de la obligación de carácter doloso o con interés de ocultación, derivado de la utilización para las operaciones de acciones propias de una persona interpuesta no declarada y constituida como una estructura fiduciaria compleja y oculta, sin ninguna vinculación aparente con Pescanova y, por tanto, de muy difícil o imposible detección por actuaciones de supervisión de la CNMV"*. Como se constata son las mismas circunstancias que tiene en cuenta la resolución recurrida para graduar posteriormente la sanción. Así en el fundamento de derecho séptimo, en el que se determina la sanción que procede imponer a D. MF se tiene en cuenta *"El carácter doloso de aquella al mediar ánimo de ocultación, como se deduce de la utilización para su adquisición de una persona interpuesta"*

no residente en España y no declarada, lo que prácticamente imposibilitaba su detección para los servicios de supervisión e inspección de la CNMV". No puede simultáneamente utilizarse para incrementar el importe de la sanción, la circunstancia que ha sido utilizada para calificar el incumplimiento como infracción muy grave en vez de grave.

El resto de circunstancias han sido adecuadamente ponderadas por la Administración, sin que puedan estimarse las alegaciones de la parte.

Hace referencia el recurrente a que el porcentaje de las acciones no declaradas es sólo del 5,14%, pero como razona la Administración existe obligación de comunicar cuando supere el 1%. Es cierto como señala el recurrente que no es lo mismo no comunicar un porcentaje de un 30 o 50% que de un 5%, pero ello ya ha sido ponderado por la Administración ya que en caso de que el porcentaje hubiera sido mayor, hubiera permitido incrementar el importe de la multa, ya que esa circunstancia agravante hubiera sido más intensa.

El hecho de que las sanciones impuestas por la CNMV al recurrente en otros procedimientos sean firmes en vía administrativa pero hayan sido recurridas en vía contencioso-administrativa no impide que se tenga en cuenta a efectos de graduación de la sanción la conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten dado que para valorar esa circunstancia hay que tener en cuenta *"la existencia de sanciones firmes que le hubieran sido impuestas durante los últimos 5 años"* considerando la Sala que se refiere a la firmeza en vía administrativa. De esa manera se aplica esta agravante de forma objetiva, no dependiendo de que el interesado interponga o no recurso contencioso-administrativo y por otra parte si se tuviera que esperar a que las sanciones impuestas fueran firmes en vía contencioso-administrativa, dada la duración de los procedimientos judiciales y la posibilidad de interponer recurso de casación con independencia de la cuantía, transcurrirían un lapso de tiempo que impediría que se aplicase esa agravante a procedimientos en curso o incluso que no pudiera aplicarse, ya que solo se pueden considerar las impuestas en los últimos 5 años, pudiendo darse el caso que desde la fecha de la imposición de la que sanción hasta que se dictara la sentencia firme, hubiera transcurrido dicho plazo. En el caso de que se anule por sentencia firme una sanción en la que se haya tenido en cuenta como criterio de graduación una anterior sanción firme en vía administrativa posteriormente anulada por el órgano judicial, debería valorarse la incidencia que pudiera tener ese hecho nuevo en la cuantía de la sanción impuesta.

Por último sí que debe considerarse como circunstancia agravante el hecho de que sea el Presidente de Pescanova el que cometa la infracción ya que para ser declarado responsable y sancionado una persona física por actos cometidos por una persona jurídica es suficiente conforme al artículo 105 LMV que la persona física ejerza un cargo de dirección o de administración, pudiéndose valorar por tanto al graduar la sanción el hecho que tenga esas funciones representativas, dado que supone un mayor reproche.

Conforme a lo razonado procede reducir el importe de la multa dado que no puede utilizarse como criterio de graduación de la sanción los mismos hechos que determinaron que la infracción se calificara de muy grave en vez de grave. En

consecuencia se reduce el importe de la multa de 150.000 euros a 110.000 euros.

QUINTO: 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.

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

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de D. MFF contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad de 19 de enero de 2015 en la parte que acuerda imponer a D. MFF, Presidente Ejecutivo de PESCANOVA, S.A una multa de 150.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99, letra p), en relación con el artículo 53 bis, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la no comunicación a la CNMV y difusión de operaciones sobre acciones propias realizadas durante el periodo comprendido entre el 29 de enero y el 29 de abril de 2009 y en consecuencia se declara conforme a derecho salvo el importe de la multa que se reduce desde 150.000 euros a 110.000 euros. No se hace condena en costas.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

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.