

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE MARZO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 679/2017
Ponente: D.ª Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 18 de septiembre de 2017 que confirma en alzada la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de junio de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a trece de marzo de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 679/2017**, se tramita a instancia de **D. JTV**, representado por el Procurador D. MBG, y asistido por la Letrado Dña. PLA, contra Resolución del Subsecretario de Economía Industria y Competitividad, por delegación del Ministerio de Economía Industria y Competitividad, 18-9-2017 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la CNMV de 15-6-2016, dictada como resultado de expediente administrativo sancionador (nº 6/2009) y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 20/11/2017 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, habiendo por presentado este escrito, con sus copias, se digne admitirlo, tenga por formalizada la demanda en el presente procedimiento y previos los trámites que la Ley establece, en su día sea dictada Sentencia por la que:

1º) Se anule, revoque o deje sin efecto el acto administrativo objeto del presente recurso contencioso-administrativo.

2º) Se condene al pago de las costas a la administración demandada".

2.- De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho." .

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de fecha 4 de abril de 2018 acordando el recibimiento a prueba, habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 20 de febrero de 2019 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 12 de marzo de 2019, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección Dª Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del SUBSECRETARIO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, por delegación del MINISTRO DE ECONOMÍA, INDUSTRIA Y COMPETITIVIDAD, de 18-9-2017 desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la CNMV de 18-1-2017, dictada como resultado de expediente administrativo sancionador (nº 6/2009) en la que se dispone, en lo que interesa al particular del recurrente, que:

*"Imponer a D. JTV, por la comisión de una infracción grave, tipificada en el **artículo 100, letra x)**, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el **artículo 81.2 a)** del mismo texto legal (en la actualidad en el artículo 295.5, en relación con el artículo 227.1, ambos del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por el uso de información privilegiada en relación con operaciones sobre acciones de Parquesol Inmobiliaria y Proyectos, SA, una MULTA por importe de **28.350 euros** (VEINTIOCHO MIL TRESCIENTOS CINCUENTA EUROS)."*

La resolución sancionadora se remite, en hechos probados, a los tenidos como tales en la sentencia dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (nº 44/14, de 23 de diciembre de 2014) y, posteriormente en vía casacional, Sentencia firme dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo nº 491/2015 de 23 de julio de 2015 y en cuanto a la concreta sanción impuesta se justifica su cuantía sobre la base de que:

"En este caso, de las diversas sanciones previstas en el antes citado artículo 103 de la LMV sólo resulta aplicable la de multa, prevista en la letra b), toda vez que el resto de sanciones recogidas en la norma lo son para supuestos de infractores o infracciones de diferente naturaleza a la aquí tratada.

Atendiendo a las reglas que para su cálculo establece el artículo citado, la multa puede ser por importe de hasta el tanto del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, al constar éste y ser, por tanto, el criterio de aplicación entre los previstos en él. Es decir, hasta un máximo de 28.350 euros.

(...)

En este caso no se aprecia la concurrencia de hechos o circunstancias de mayor gravedad o relevancia que aconsejen reforzar el reproche disciplinario, adicionales a las ya consideradas para apreciar la comisión de la infracción y tipificarla como grave. Tampoco se aprecia la concurrencia de hechos o circunstancias que aconsejen atemperarlo.

Junto con lo anterior hay que considerar que el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 131 de la LRJPAC supone, en una de sus manifestaciones, que el establecimiento de la sanción no puede resultar más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas, puesto que en caso contrario perdería su finalidad disuasoria de nuevos incumplimientos.

Esto debería conllevar la imposición de una multa en importe superior al beneficio obtenido con la infracción, pero sin embargo no es posible dado que el artículo 103 de la LMV— en su redacción al tiempo de los hechos — preveía un máximo de multa por importe del tanto de este beneficio.

Es por ello que, en este caso y aún en ausencia de circunstancias a considerar para reforzar o reducir el reproche disciplinario se considera apropiada y ajustada a la debida proporcionalidad una multa por importe del citado beneficio obtenido con la infracción, es decir, por el importe máximo posible atendiendo a lo previsto en el artículo 103 de la LMV en su redacción al tiempo de los hechos. Esta multa en importe máximo y, en su caso, su publicación cuando sea ejecutiva satisfacen así la exigencia de proporcionalidad indicada."

De partida conviene señalar que el presente recurso presenta similitudes evidentes, fácticas y jurídicas, con el ya resuelto por esta Sala y Sección en sentencia de 26-2-2019 (Rec. 701/2017), recurso que venía referido a otro de los sancionados.

2.- caducidad. -

Alega el recurrente que con fecha 24-4-2016 le notifican la resolución del Ministro de Economía y Competitividad por el que se acordaba levantar la suspensión del procedimiento estableciéndose como plazo máximo para resolver el expediente seis meses, que con fecha 30-5-2016 se le notifica el pliego de cargos y la resolución sancionadora de 18-1-2017 le es notificada en fecha 26-1-2017, habiendo transcurrido el plazo de seis meses.

En lo que interesa al tema suscitado y al caso del recurrente, del expediente resulta:

- Acuerdo de incoación del Comité Ejecutivo de la CNMV de 29-10-2009, notificado el 13-11-2009
- Suspendido por concurrencia de prejudicialidad penal en virtud del acuerdo del Secretario de Estado de Economía, por delegación del Ministro de Economía, de 23-2-2010.
- Acuerdo de 17-3-2016 del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, Ministro de Economía y Competitividad, por el que se acordaba levantar la suspensión del procedimiento sin que se estableciera en el mismo plazo alguno para resolver y notificar el expediente.
- Este acuerdo se notifica al recurrente con fecha 1-4-2016
- Acuerdo de 14-4-2016 adoptado por el Comité Ejecutivo de la CNMV por el que se dispone:

"Ampliar, por el tiempo máximo legalmente permitido (seis meses) tanto el plazo total para tramitar y resolver el expediente sancionador incoado a D. JZD, D. FGM Y D. JTV, por Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), adoptado con fecha 29 de octubre de 2009, que fue suspendido por prejudicialidad penal en virtud del acuerdo del Secretario de Estado de Economía de 23 de febrero de 2010 y levantada la suspensión por acuerdo del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa,

con fecha 17 de marzo de 2016, así como los plazos parciales para los diversos trámites del mismo."

- Este acuerdo se notifica al recurrente el 26-4-2016
- Pliego de cargos de 23-5-2016 notificado al recurrente el 30-5-2016 y con alegaciones al mismo que tienen entrada en la CNMV el 20-6-2016.
- Propuesta de resolución de 1-9-2016.
- Notificación de la propuesta el 6-9-2016
- Alegaciones a la propuesta con entrada en la CNMV el 29-9-2016.
- Por acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de 29-12-2016, notificado el 13-1-2017, se divide la propuesta sancionadora en dos:

"De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción vigente al momento de inicio del procedimiento sancionador y como consecuencia de las reglas de competencia en él presentes, dividir la propuesta de resolución en dos:

una, en la parte que se refiere a los hechos constitutivos de infracción grave tipificada en el artículo 100, letra x), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2 a) del mismo texto legal, imputada a D. JTV, así como en lo que se refiere al sobreseimiento del cargo imputado a D. JZD, por la presunta comisión de una infracción muy grave, tipificada en el artículo 99, letra o), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2 b) del mismo texto legal, y elevarla al Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores por ser este órgano el competente para la resolución del procedimiento. y,

otra, en la parte que se refiere a los hechos constitutivos de infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra o), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2 a) del mismo texto legal, imputada a D. FGM, y remitirla al Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores a fin de recabar su informe preceptivo y suspender, en virtud de lo dispuesto en el artículo 42.5.c) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, el plazo máximo legal para resolver el procedimiento y notificar su resolución, por el plazo que medie entre esta solicitud de informe al Comité Consultivo y la recepción de éste por el Consejo, sin que el plazo de suspensión pueda exceder de tres meses."

- Resolución sancionadora de 18-1-2017, notificada al recurrente el 26-1-2017.

Cuando se suspende el procedimiento sancionador por prejudicialidad penal ex art. 96 de la Ley 24/1988 se habían consumido poco menos de 4 meses, por lo que restaban por consumir 8 meses respecto del plazo previsto normativamente de 1 año (art. 2 RD 2119/1993 sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados Financieros: "1. El plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación. En el caso

de seguirse el procedimiento simplificado previsto en el art. 10 dicho plazo será de cuatro meses.

2. Tanto el plazo total, como los parciales previstos en este Real Decreto para los distintos trámites, podrán ser ampliados según lo previsto en el apartado 1 del art. 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, debiéndose notificar la decisión adoptada a los interesados).

En tanto se produce la ampliación del plazo, ampliación por 6 meses (restarían por consumir un total de 14 meses), sin que se haya cuestionado tal ampliación en su regularidad, siendo que desde que se levanta la suspensión (17-3-2016) hasta que se notifica la resolución sancionadora (26-1-2017) no se ha superado este plazo.

El expediente sancionador no ha caducado.

3.- Prescripción

Entiende el recurrente que el "dies a quo" del plazo de prescripción es el 2-6-2010 (añadiendo tres meses a la fecha en que se notificó la suspensión del procedimiento por prejudicialidad penal), afirmando, además, que la CNMV no realizó ninguna gestión de impulso procesal tendente a paralizar la prescripción del procedimiento, por lo que la infracción ha decaído por inactividad y considera que la CNMV debió reabrir el procedimiento el 5-6-2014, fecha en que en el procedimiento penal se dictó Auto de juicio oral.

De partida, ha de tenerse presente que el plazo de prescripción, para infracciones muy graves, es de **cinco años** conforme al **art 101 bis) de la LMV 24/1988**, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actual art. 301 del TRLMV RD Legislativo 4/2015) y las infracciones sancionadas fueron cometidas en julio de 2006

Así, el plazo de prescripción de cinco años empezaría a contarse desde julio de 2006 pero quedó interrumpido antes de completarse ex art. 106 bis 3 de la LMV por la iniciación del procedimiento sancionador con conocimiento del interesado (acuerdo de incoación de 29-10-2009, notificado al recurrente el 13-11-2009).

Cuestión distinta es que la Administración pudiendo hacerlo no hubiera incoado procedimiento sancionador alguno ya que en este caso la prescripción de la infracción administrativa no podría entenderse interrumpida por la tramitación de la causa penal (S. TS 10/05/2002 Recurso Núm.: 7359/1998).

Este plazo prescriptivo volvería a reanudarse si el expediente hubiera de entenderse que permaneció paralizado durante tres meses por causa no imputable a aquellos contra los que se dirija ex art. 106 bis 3 de la LMV ("*3. La prescripción se interrumpirá por la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento sancionador, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador permaneciera paralizado durante tres meses por causa no imputable a aquellos contra quienes se dirija*") circunstancia que no se da en el caso de autos.

Aunque la parte actora pretende que transcurridos tres meses desde que el procedimiento quedó suspendido por prejudicialidad penal por resolución del Secretario de Estado de Economía, por delegación del Ministro del ramo, de fecha 23-2-2010 (notificada el 1-3-2010), comenzaría a contar de nuevo la prescripción, dicha interpretación del precepto es incorrecta.

La paralización subsecuente a la resolución de 23-2-2010, si bien no le es imputable al recurrente, no hay que olvidar que no es debida a una continuada e injustificada inactividad de la Administración de la que pudiera inferirse el abandono de la voluntad sancionadora. Dicha suspensión viene determinada "ex lege" en el marco de la propia LMV por el art. 96 ya que: "El ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal. No obstante, 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 procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial. Reanudado el expediente, en su caso, la resolución que se dicte deberá respetar la apreciación de los hechos que contenga dicho pronunciamiento"

Estamos ante la vertiente procedimental del principio "non bis in ídem", íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el artículo 25 de la CE, y que conduce a <<"la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de la normativa diferente, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los Órganos del Estado. Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de Justicia, es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe "a posteriori" el planteamiento fáctico que aquéllos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del artículo 25 de la Constitución y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones establecidas por dicho precepto".>> (STC 77/1983, de 3 octubre, FJ 4).

De acuerdo con la referida regla de prioridad del procedimiento penal, el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración ha de esperar al resultado de la resolución penal y, si es condenatorio con la concurrencia de triple identidad a que se ha hecho referencia (subjética, objetiva y de fundamento sancionador), la Administración resulta plenamente vinculada al pronunciamiento deviniendo improcedente la sanción administrativa como consecuencia material o positiva del principio de prohibición que incorpora el principio "non bis in ídem ". Si no se da esa triple identidad o si la vía penal concluye sin condena no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero las declaraciones penales sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa ya que, en todo caso, los hechos declarados probados por resolución judicial penal firme vinculan a los órganos administrativos respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. (art.

137-2 de la LRJ-PAC 30/1992 / actual art. 77.4 de la LPAC 39/2015, art. 7.3 del RPEPS RD 1398/1993 y art. 96 de la LMV).

Precisamente la resolución del Secretario de Estado de Economía, por delegación del ministro del ramo, de fecha 23-2-2010 viene a evitar el solapamiento procedimental, penal y administrativo.

En cuanto a la correcta interpretación del art. 96 de la LMV citaremos la S. TS de 06/10/2003, recurso 5272/1998:

<<"CUARTO.- En el segundo motivo, acogido al art. 95.1.4º de la L.J., se imputa a la sentencia haber infringido el art. 96 de la LMV que desarrolla el principio de subordinación de la autoridad administrativa a la judicial, y la doctrina de la STS de 17 de noviembre de 1993, que estableció la suspensión del procedimiento administrativo cuando se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos

(...)

***SEXTO.-** Muy recientemente, la sentencia de esta misma Sala de 19 de mayo de 2003 (R.C. 5.588/1998) ha dicho (fº.jº.2º, apartado 3) en relación con el art. 2 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito nº 26/1988, de 29 de julio, redactado en términos coincidentes con el art. 96 de la LMV, que: "Con arreglo al citado art. 2, lo sustancialmente determinante de la obligación de suspender el procedimiento administrativo es que se esté tramitando un proceso penal por los mismos hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a L.D.I. sea racionalmente imposible. Será, pues, preciso conocer los hechos objeto del procedimiento administrativo sancionador y aquellos por los que se esté tramitando un proceso penal -ya sean aparentemente constitutivos de delito o falta- para apreciar si se da esa racional imposibilidad de separación que el legislador ha establecido para garantizar la prioridad del orden jurisdiccional penal sobre todos los demás. Prioridad por medio de la cual se asegura que la Administración respete los hechos que la resolución judicial firme considere probados y se evita cualquier riesgo de eventuales contradicciones... El principio de preferencia del orden jurisdiccional penal se basa en la necesidad de fijar con los poderes y medios del proceso penal, y dentro de este proceso, todo lo que condicione las responsabilidades criminales que en el devenir de la investigación penal se vayan desvelando. La Ley quiere evitar que fuera del proceso penal puedan producirse actuaciones administrativas susceptibles de interferir o dificultar la finalidad del proceso penal. Si el Juez Penal tuviese que partir de premisas fijadas por la Administración o por otro Juez sometido al principio dispositivo, la finalidad del proceso penal, determinada por la naturaleza del derecho que actúa, quedaría desvirtuada". En el apartado cuarto de ese mismo fº.jº.2º se añade: "En desarrollo de lo previsto en el Título IX de la Ley 30/1992 fue aprobado el R.D. 306/1993, de 23 de diciembre, regulador de las especialidades del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora atribuida, entre otras leyes, por la L.D.I.. En el art. 1.2 de este reglamento se dispone que "en el ejercicio de la potestad sancionadora se estará a las reglas específicas previstas en la L.D.I.", añadiendo el mismo art. 1 en su párrafo 3º que "se aplicará de forma supletoria el reglamento aprobado por R.D. 1398/1993". Por tanto, cualquier norma contenida*

en este último reglamento contraria a la legislación específica sobre disciplina e intervención de las entidades de crédito no será aplicable. Aquel reglamento sólo supletoriamente se aplicará en lo no previsto por tal legislación específica. Pues bien, la subordinación de la suspensión del procedimiento administrativo a la concurrencia de la triple identidad de hechos, sujetos y fundamento exigida por el art. 7.3 del Reglamento regulador del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, no es norma aplicable a nuestro caso, en el que, repetimos, la situación controvertida se halla regulada por el art. 2 de la L.D.I. .Lo cual nos devuelve a la cuestión que ya hemos anticipado: la de valorar si, en este supuesto, se está tramitando un proceso penal por los mismo hechos o por otros cuya separación de los sancionables con arreglo a la L.D.I. sea racionalmente imposible". En el apartado cinco de idéntico f.ºj.º.2º se concluye afirmando: "Ya hemos dicho que el art. 2 de la L.D.I. no exige esa triple identidad, que el art. 7.3 del R.D. 1398/1993 no es el que regula la situación controvertida, y que, en contra de lo que la sentencia aprecia, la resolución administrativa de suspensión no se funda en la evitación de dilaciones indebidas sino en el mandato del art. 2 de la L.D.I. No siendo por tanto exigible la identidad subjetiva y apreciando la Sala que, aunque el recurrido no sea imputado por el Ministerio Fiscal en la fecha en que fue formulada la querrela, es miembro del Consejo de Administración de una entidad financiera cuyos administradores eran objeto, en el tiempo a que este proceso se contrae, de la investigación desarrollada en el ámbito de unas diligencias previas por hechos que el Juez Penal reputa encuadrables en tres apartados del pliego de cargos, la suspensión era legalmente exigible. Con otras palabras, procede la suspensión del procedimiento administrativo porque los hechos objeto del proceso penal si no son los mismos, no son tampoco racionalmente separables de los sancionables con arreglo a la L.D.I.". Tal interpretación sigue el criterio de la STS de 12 de marzo de 1999 (R.C. 757/1995) a la que también se refiere la STS de 19 de mayo de 2003, (apartado seis de su f.ºj.º.2º) en la que se reitera que "es la identidad de hechos sin identidad subjetiva, la que exige la suspensión".>>

En cuanto a la pretensión de la parte actora, para defender la existencia de una inactividad injustificada de la Administración, centrada en que la suspensión del procedimiento sancionador por prejudicialidad penal se debería haber levantado para el hoy recurrente acto seguido del auto de apertura del juicio oral de 5-4-2014 "ya en el mismo consta expresamente que D. JT sería en todo caso partícipe a título lucrativo" basta con remitirnos a la literalidad del art. 96 de la LMV cuando habla de que "...el procedimiento quedará suspendido respecto de los mismos hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial" y por tal pronunciamiento no puede tenerse más que la sentencia firme ya que es en esta resolución y no el auto de apertura del juicio oral donde surgen los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes que vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien. Por tanto el levantamiento de la suspensión solo estaba justificado, en este caso, tras la firmeza de la sentencia condenatoria dictada por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, sentencia que fue modificada en fecha 15-7-2015 por la Sala Segunda del Tribunal Supremo y cuyo conocimiento llegó a la CNMV mediante oficio de la autoridad penal referente a la ejecutoria derivada, oficio con entrada el 18-2-2016, dando lugar a la

solicitud de la remisión del testimonio de las sentencias y levantándose la suspensión de forma inmediata mediante acuerdo de 17-3-2016.

No hubo por tanto inactividad o dejadez administrativa de la que pueda inferirse una renuncia a la potestad sancionadora ya que en supuestos como el de autos en que la suspensión se produce por prejudicialidad penal y donde, en principio, dicha suspensión es "sine die" y por ello imprecisa en su duración, esta posibilidad de actuar administrativo no se produce por la mera existencia de una resolución judicial que ponga fin al procedimiento penal sino cuando la existencia de dicha resolución trasciende al procedimiento administrativo suspendido.

3.- non bis in ídem

Se argumenta que la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 23 de diciembre de 2014, acordó el comiso de la ganancia obtenida por el Sr. T - 28.350 € -, lo que imposibilita que la CNMV pueda imponer una sanción de multa por el mismo importe, entendiendo que el recurrente ha sido sancionado previamente en la vía penal por los mismos hechos, siendo indiferente que lo fuera en su condición de acusado o de partícipe a título lucrativo.

En cuanto a la supuesta vulneración material o positiva del principio "*non bis in ídem*", principio que, desde esta perspectiva, impide sancionar en más de una ocasión, al mismo sujeto, por el mismo hecho y con base al mismo fundamento (triple identidad), hemos de concluir que en este caso no se habría producido tal vulneración pues, pese a poderse defender la concurrencia de la triple identidad en especial en cuanto a la identidad del bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 285 del CP por uso de información relevante y el contemplado por la infracción administrativa que nos ocupa, lo cierto es que el hoy recurrente no ha sido sancionado penalmente (simplemente se ha visto privado del beneficio obtenido como resultado de la acción ilícita de un tercero en la que no ha participado con responsabilidad penal). Ello queda patente de los particulares de interés de las sentencias penales, Audiencia Nacional y Tribunal Supremo, que se transcriben seguidamente.

De la sentencia penal condenatoria de la AN, en lo que interesa al caso, ha de tenerse presente:

En HECHOS PROBADOS

"El 5 de mayo de 2.006, "Parquesol Inmobiliaria y Proyectos S.A." (en adelante, Parquesol), empezó a cotizar en Bolsa a un precio de 23 euros por acción. Como consecuencia de la evolución bajista de las acciones durante el citado mes, en la que la acción apenas llegaba a los 17 euros, la mercantil "New Gp Cartera S.L.U" (en adelante New Gp), accionista mayoritario de Parquesol, decidió iniciar las gestiones tendentes a la venta de las acciones de Parquesol.

La mercantil "Inmobiliaria Grupo San José" (en adelante, Grupo San José), interesada en la adquisición de las acciones de Parquesol, inició una serie de contactos tendentes a llegar a un acuerdo sobre la compra de ésta última a través de varias reuniones que se extendieron desde los últimos días de junio de 2.006

hasta los primeros días de julio, en las que intervinieron, por la parte interesada en la adquisición de Parquesol, los propios asesores financieros de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas y el propio Grupo San José y, por parte de la entidad vendedora, New Gp. A la finalización del citado período, el presidente de Grupo San José, D. JRG ofreció a los representantes legales de Parquesol adquirir sus acciones con un rango similar al que tenían al inicio de su cotización en Bolsa, esto es, 23 euros por acción. Aceptada la propuesta por Parquesol, Grupo San José inició una serie de contactos con diversas entidades bancarias tendentes a financiar la operación. Entre otras, se reunió en la mañana del 19/07/2006, en la sede de Grupo San José, en la localidad madrileña de Tres Cantos, con el acusado JLZD, mayor de edad y sin antecedentes penales, Director General de Eurohypo AG, sucursal en España del grupo alemán Commerze Bank, con sede en Alemania, a quien ya conocía no sólo del sector inmobiliario, sino a nivel personal por haber coincidido en cacerías, a quien comunicó su decisión de comprar las acciones de Parquesol y los términos básicos de la operación a los efectos de que la entidad que representaba financiara la operación de compra de las acciones de Parquesol. Acto seguido, el presidente de Grupo San José puso en contacto al mencionado acusado con D. SMC, Director Financiero de Grupo San José, quien acudió al despacho de D. J a saludar al acusado con el que quedó en reunirse al día siguiente.

El 20/07/2006, JLZ, con objeto de financiar la operación de compra de las acciones en las que Grupo San José estaba interesado, se reunió en la oficina del Paseo de la Castellana 110, además de con el citado D. S, con el asesor financiero de Grupo San José, es decir, G.B.S. Finanzas, asistiendo por parte de Eurohypo, un representante de Atlas Capital como asesor financiero y un representante legal de la firma de abogados Cuatrecasas, quien elaboró un contrato de confidencialidad con Eurohypo ese mismo día.

En la reunión, se partió de la premisa de que los términos básicos de la operación de compra que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre Parquesol no podría ser inferior al que ostentaba al inicio de su cotización en Bolsa, es decir, el rango del precio de la acción no podría ser inferior a los 23 euros, por cuanto era un requisito exigido por la familia FF, accionista mayoritario de Parquesol,

El 21/07/2006, Grupo San José fijó definitivamente el precio de compra de las acciones de Parquesol en 23,10 euros por acción. Ese mismo día, Eurohypo comunicó a Grupo San José que no podían financiar la operación de compra interesada que llevó a cabo la entidad Barclays.

El 28/07/2006 se cerró el acuerdo definitivo entre Grupo San José y New Gp Cartera, accionista mayoritario de Parquesol, por el que el primero se comprometía a presentar una oferta pública de adquisición (OPA) a un precio de 23,10 euros por acción que fue puesto en conocimiento de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ese mismo día y lo registró como hecho relevante. La cotización de las acciones de Parquesol se suspendió desde las 12,52 horas del día 28, cuando las acciones cotizaban a 21,85 euros, y se reanudaron a las 8,30 horas del 31 de julio de 2.006, siendo el precio de su cotización 22,80 euros.

Una vez que JLZ tuvo conocimiento, tras la reunión con D. JR el 19/07/2006, de la oferta pública de acciones que Grupo San José iba a llevar a cabo sobre las acciones de Parquesol y de los términos básicos de la operación de compra, que implicaba que el precio de la acción no podría ser inferior al del inicio de su

cotización en Bolsa, es decir, al de 23 euros por acción, informó de tales extremos al acusado FGM

(...)

Igualmente, el acusado JLZ informó a partir del 19/07/2006, a su cuñado JTV, hermano de su esposa, de la oferta pública de acciones que iba a llevar a cabo Grupo San José sobre Parquesol, motivando que, tras solicitar un crédito bancario, el 21/07/2006, la mercantil JOTORVE, propiedad del citado, adquiriera un total de 9.000 acciones de la misma, a un precio de 19,69 euros la acción, lo que ascendió a 177.234,50 euros que fueron vendidas entre los días 3,4 y 6 de octubre de 2.006, por un precio de 23,02 euros por acción, por un precio total de 207.180 euros, obteniendo en ese periodo una ganancia de 29.945,50 euros." (sic con depuración de datos de identificación personal que no interesan al caso).

En la FUNDAMENTACIÓN JURÍDICA, en concreto FJ 2

"(...) por lo que procede centrarse ahora en la actividad desplegada con respecto al citado JTV.

Sobre este extremo también se ha dicho, a través fundamentalmente de la prueba documental aportada, que el citado adquirió, a través de la mercantil JUTORVE, de su propiedad, el 21/07/2006 un total de 9.000 acciones de Parquesol a un precio de 19,69 euros por acción, lo que supuso 177.234,50 euros que vendió a primeros de octubre de 2,006 a un precio de 23,02, por un precio de 207.180 euros, obteniendo una ganancia de 29.945,50 euros; también se ha indicado que el citado no era asiduo inversor en Bolsa y que fue él partícipe quien solicitó un préstamo bancario que cedió a JUTORVE para poder comprar las acciones; actividad que entiende el tribunal no sería lógico llevar a cabo si no es porque alguien le comunica que se va a llevar a cabo una OPA y puede ganar dinero fácilmente.

Pues bien, no cabe duda de que ésta operación bursátil entra de lleno en la figura del partícipe que establece el artículo 122 del Código Penal, pues sin ser autor de ninguno de los otros dos delitos aplicados a los otros dos acusados, ha obtenido unas ganancias que deben ser decomisadas.

La aplicación del referido precepto no es discutible por cuanto el llamado a juicio en concepto de partícipe ha reconocido la adquisición realizada, el importe y el beneficio adquirido.

Por lo demás, la aplicación del artículo 122 del Código Penal, como reiteradamente ha declarado la jurisprudencia, supone una situación que se íntegra por dos elementos; uno positivo y otro negativo.

Como elemento positivo supone que la persona concernido haya obtenido unas ganancias procedentes de un delito y como elemento negativo, se exige que la persona no haya sido condenada como partícipe de la infracción correspondiente pues caso contrario sería responsable penalmente de acuerdo con el art. 116 del Código Penal.

El origen de esta responsabilidad civil no está por tanto en una posible responsabilidad penal ex delicto, sino que la causa es la ilicitud civil de un enriquecimiento ilícito limitado a la parte de beneficio en que se haya enriquecido.

No es pues una responsabilidad civil ex delicto sino una responsabilidad civil derivada de la existencia de una causa ilícita."

En el FALLO

"Se declara el comiso de las ganancias (...) obtenidas por JTV, a través de JUTORVE en la cantidad de 29.945,50 euros."

Dichos datos, tras la sentencia de casación del TS, quedan rectificadas y/o ampliadas en los siguientes puntos (la única modificación se plasma en el comiso y deriva de considerar que el precio a ponderar no es el del precio de venta de las acciones adquiridas con la ventaja cognoscitiva proporcionada por el suministro de la información relevante, sino el precio de la cotización máxima una vez que la noticia relevante es pública, siempre desde parámetros de una cierta inmediatez; en autos, 22,84 euros; sin que tenga relevancia el precio de venta alejado de esa fecha, ya fuere inferior o superior):

En HECHOS PROBADOS

"Los beneficios relacionados directamente con la comisión delictiva, hecha la corrección derivada del exceso proporcionado por una venta alejada de la fecha de la OPA, restan los obtenidos por FGM, a través de la entidad M Inversión SL en 1.004.911,54 euros y los obtenidos por el JTV a través de JUTORVE en 28.350 euros" (Sic con depuración de los datos personales de terceros que no interesan al caso).

En FUNDAMENTOS JURÍDICOS (FJ 6 y 15)

"La sentencia de esta Sala núm. 227/2015, de 6 de abril, recuerda que el art. 122 CP define al tercero a título lucrativo como aquel que se ha beneficiado en los efectos del delito o falta sin haber participado en el mismo ni como autor ni como cómplice,

Por tanto el tercero a título lucrativo se define por las siguientes notas:

*a) Nota positiva el haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta.
b) Nota negativa no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario será de aplicación el art. 116 y no el 122 CP.*

c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.

d) Por tanto no se trata de una responsabilidad ex delicto, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita --art. 1305 CCivil--. En definitiva, se trata de una manifestación aplicable al orden penal según el cual no cabe un enriquecimiento con causa ilícita --STS 324/2009 de 27 de Marzo--.

e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material --o cómplice-- del delito pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento / enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

f) La acción civil contra el partícipe por título lucrativo del delito de apropiación --como es el caso de autos-- al tratarse de una acción personal está sujeta a los

plazos de prescripción de tales acciones y el día inicial para el cómputo coincide con el inicio de la causa penal -- STS 600/2007--,

Ello supone, que la acción contra el partícipe a título lucrativo, efectivamente es de naturaleza civil; pero derivada inexcusablemente del aprovechamiento de los efectos del delito.

Por su parte, el artículo 301 CP, se complace con que recaiga sobre bienes que tienen su origen en una acción delictiva. Por tanto, requisito de la cognoscibilidad añadido, ningún problema dogmático existe a que no haya mediado condena por el delito previo o que meramente hubiera mediado condena civil, siempre que efectivamente los bienes sobre los que recae la acción (en este caso para ocultar) tengan su procedencia en una acción delictiva como es el caso.

Pero sucede además, que en autos, no sólo ha resultado acreditado esa procedencia delictiva, sino que ha mediado condena por suministro de información privilegiada, donde la cantidad objeto de sucesivas transferencias con la que se pretende ocultar, ha sido originada con la utilización por tercero de la información suministrada por el propio recurrente, donde el elemento subjetivo del conocimiento del referido origen, resulta por tanto absolutamente facilitado.

(...)

El motivo debe ser desestimado; ya hemos afirmado en el fundamento sexto que la acción contra el partícipe a título lucrativo, efectivamente es de naturaleza civil; pero derivada inexcusablemente del aprovechamiento de los efectos del delito.

(...)

Al margen de que el objeto de su condena es civil, no penal, y de forma paralela como hemos realizado para el resto de los recurrentes y con reproducción de las consideraciones sobre las declaraciones del Sr. R y del Sr. C, reiterarnos una vez más que debían ponderarse una serie de indicios globalmente considerados, de los que resultaba inferencia concluyente sobre el conocimiento por parte del inculcado Z de las condiciones esenciales de la OPA y su comunicación al recurrente:

a) El Sr. Z, director E AG, tiene una reunión en la mañana del 19 de julio de 2006, con representantes del Grupo San José en torno a la posibilidad de financiación de una OPA sobre de la entidad PARQUESOL.

b) Esa misma mañana, el Sr. Z conecta en varias ocasiones vía mensajes y vía conversaciones telefónicas con el Sr. G, a quien le unen lazos de amistad negociales.

c) Esa misma mañana, el Sr. G a través de diversas sociedades, se lanza a una compra "frenética" de acciones de PARQUESOL, alcanzando una inversión global de 12.928.891,26 euros.

d) El propio recurrente, JT, e invierte a través de sociedad interpuesta, ya el 21 de julio, 147.000 euros,

e) Tras hacerse pública la OPA el 28 de julio y tras la consiguiente subida de las acciones, vendidas las mismas por G entre el 11 y 13 de agosto, originan una plusvalía de 2.240.714,88 euros y las del recurrente T, vendidas en 3, 4 y 6 de octubre, de 29.945,50 euros.

f) Además el propio recurrente manifiesta que no era experto en Bolsa; y las compras de acciones que había realizado de cualquier clase de sociedad eran contadas; y así a través de JUTORVE reconoce que las únicas acciones que adquirió además de Parquesol fueron de Urbis; precisamente las dos clases de acciones

cuya venta originan el saldo que se incorpora en las cuentas bancarias andorranas aperturadas de común acuerdo por su cuñado Sr. Z y el Sr. G a nombre de diversas entidades panameñas.

La inferencia de la utilización de información privilegiada suministrada por su cuñado es inequívoca. (sic con el añadido del resaltado y subrayado para enfatizar lo de interés al caso).

En el FALLO

“Se declara el comiso de las ganancias de 1.541.196,64 euros obtenidos por (...) JTV, a través de JUTORVE en la cantidad de 28.350 euros.”

4.- principio de responsabilidad y prueba de los hechos imputados objeto de sanción.

En la demanda, resumidamente, se viene a defender, con base a que nadie puede ser sancionado por hecho ajeno, que sería la sociedad JUTORVE S.L. y no el recurrente quien habría adquirido las participaciones de PARQUESOL, considerando que tal adquisición por la sociedad no constituye infracción alguna, siendo el recurrente sancionado por tanto por hechos ajenos. También se defiende la ausencia absoluta de prueba de los hechos que se imputan al recurrente.

Al respecto, basta con remitirnos a lo ya transcrito de las sentencias dictadas en vía penal que, en cuanto a los hechos, vinculan a la vía administrativa (art. 137-2 de la LRJ-PAC 30 /1992/ actual art. 77.4 de la LPAC 39/2015, anterior art. 7.3 del RPEPS RD 1398/1993 y art. 96 de la LMV) y en particular al levantamiento del velo que en las mismas se efectúa poniéndose de relieve que la sociedad JUTORVE S.L. fue meramente el instrumento usado por el recurrente para canalizar la información privilegiada recibida de su cuñado y obtener un beneficio injusto con la operativa respecto de acciones de PARQUESOL.

No en vano el art. 80 de la LMV (actual art. 225 del TRLMV), al tratar del abuso de mercado (una de cuyas prácticas es, de forma indudable, la actuación en uso de información privilegiada) viene a determinar que: *“1. Las empresas de servicios de inversión, las entidades de crédito, las instituciones de inversión colectiva, los emisores, los analistas y, en general, cuantas personas o entidades realicen, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores, deberán respetar las normas contenidas en este Capítulo.”* y, en concordancia, el art. 81.2 de la LMV (actual 227.1 del TRLMV) impone la prohibición de uso o utilización de información privilegiada de forma directa o indirecta *“todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes: (...).”*

Ya hemos visto que, en la vía penal, al hoy recurrente se le afirman conductas de aprovechamiento injusto derivado del uso de información privilegiada, pero sin que se le considere criminalmente responsable del ilícito del art. 285 del Código Penal al no concurrir en su persona las exigencias descriptivas del sujeto activo de este delito especial (el artículo 285.1 CP alude a quién haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial) siendo, por ello, considerado solo

participe a título lucrativo con base al art. 122 del CP con el consiguiente decomiso de las ganancias obtenidas.

La sentencia penal dictada en casación por el TS, al tratar de la autoría del que resultó condenado por el art. 285 del CP, deja patente que:

<<"En cuya consecuencia, aunque se trate de un delito especial, la cualificación exigida en el sujeto activo, resta cumplimentada, por quien obtiene la información directamente por una actividad empresarial o profesional. Dentro del ámbito de la actividad empresarial incluye todo sujeto que habitual u ocasionalmente, por actividad o función en una determinada empresa, tiene acceso a "información relevante", por tanto, restan incluidos administradores y directivos de la entidad emisora, cargos directivos, intermediarios, miembros del Consejo de Dirección, determinados accionistas, entre otros. En el ámbito profesional se incluyen tanto aquellas personas que dedican de modo exclusivo o preferente su actividad profesional a este tipo de mercados (agentes de cambio y bolsa, operadores financieros...), como las que ocasionalmente acceden a la misma con ocasión de su profesión (abogados, economistas, asesores, auditores, contables, notarios, corredores de comercio...).

Extensión subjetiva, donde la doctrina se muestra pacífica; y solo muestra ligera controversia, la exclusión de profesiones frecuentes según diversa literatura comparada, en los ilícitos de esta índole, donde el conocimiento deriva de la actividad profesional, pero no es contenido sobre el que tenga que proyectar la actividad propia de su profesión, como es el caso de camareros, taxistas o psiquiatras.">>

Lo que ocurre es que, en la configuración normativa, el sujeto activo del ilícito administrativo es más amplio que el del ilícito penal en cuanto que abarca a terceros que no sean los que directamente obtienen la información reservada en el ejercicio de su actividad ya que: *"Las prohibiciones establecidas en este apartado se aplican a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información."* (art. 81 de la LMV) y siendo que los hechos declarados probados por la sentencia penal han tenido entrada como prueba documental en el expediente sancionador de la CNMV mediante el testimonio de ambas sentencias. Precisamente lo que se está pretendiendo el recurrente es que en vía administrativa se llegue a una conclusión contraria de lo afirmado en vía penal acerca de la información privilegiada que le llegó de su cuñado y el uso que hizo de ella a través de su sociedad JUTORVE.

5.- principio de igualdad

Simplemente decir que el Sr. Z que se pretende como referente comparativo, no es tal ya que a diferencia del hoy recurrente éste si fue condenado en vía penal por el delito de suministro de información relevante del art. 285 del CP. Nos remitimos a lo ya tratado en relación al principio non bis in ídem (art. 133 de la LRJ-PAC / actual art. 31 de la LRJSP 40/2015 en cuanto a que *"No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento."*)

Por todo ello el recurso ha de desestimarse siendo manifiesta la proporcionalidad de la sanción impuesta tal y como se recoge en la resolución sancionadora reproducida en este concreto punto en el FJ 1 de la presente.

6.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. JTV** contra la resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

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 efecto 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).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

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.

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.