

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo SECCIÓN TERCERA Secretaría de D^a. GUILLERMINA MARTINEZ HERNANDEZ

SENTENCIA N^o:

Fecha de Deliberación: 09/12/2014
Fecha Sentencia: 15/12/2014
Núm. de Recurso: 0000087/2014
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00159/2014
Materia Recurso: MULTA
SANCIÓN

Recursos Acumulados:
Fecha Casación:
Ponente Ilma. Sra. : D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO

Demandante: D. JAIME BOTÍN-SAN DE SAUTUOLA Y GARCÍA DE LOS RÍOS
Procurador: D^{ña}. MARÍA DEL ROCIO SAMPERE MENESES
Letrado: D. FRANCISCO PALÁ LAGUNA
Demandado: MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD
Codemandado:

Abogado Del Estado

Resolución de la Sentencia: ESTIMATORIA

Breve Resumen de la Sentencia:

SANCION				CNMV
NO	COMUNICACIÓN		PARTICIPACIONES	SIGNIFICATIVAS
NON		BIS	IN	IDEM
CADUCIDAD				

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección TERCERA

Núm. de Recurso: 0000087/2014
Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO
Núm. Registro General: 00159/2014
Demandante: D. JAIME BOTÍN-SAN DE SAUTUOLA Y GARCÍA DE LOS RÍOS
Procurador: D^{ña}. MARÍA DEL ROCIO SAMPERE MENESES
Letrado: D. FRANCISCO PALÁ LAGUNA
Demandado: MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD
Abogado Del Estado
Ponente Ilma. Sra.: D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO

SENTENCIA N^o:

Ilmos/as. Sres/Sras.:

Presidente:

D. JOSE FELIX MENDEZ CANSECO

Magistrados:

D. FRANCISCO DIAZ FRAILE
D^a. ISABEL GARCÍA GARCÍA-BLANCO
D^a. LUCÍA ACÍN AGUADO
D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO

Madrid, a quince de diciembre de dos mil catorce.

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 **87/14**, se tramita a instancia de **D. JAIME BOTÍN-SANZ DE SAUTUOLA Y GARCÍA DE LOS RÍOS**, representado por la Procuradora D^{ña}. María del Rocío

Sampere Meneses y defendido por el Letrado D. Francisco Palá Laguna contra la resolución de 13-12-2013, dictada por el Subsecretario del Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 11-10-2013, por la que fue impuesta una multa de 500.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el artículo 99.p) de la Ley del Mercado de Valores, 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 10/1/2014 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:

“... se dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución dictada por el Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad con fecha de 13 de diciembre de 2013 (la Resolución impugnada) y la plena nulidad de la misma por violación de los artículos 24 y 25 de la Constitución española y por vulneración sustancial del procedimiento administrativo sancionador y por falta de competencia y caducidad del expediente sancionador.

b) Subsidiariamente, en defecto de las pretensiones fundadas en cuestiones previas de orden público manifestadas en el apartado anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada por desviación de poder y

arbitrariedad de la actuación de la Administración Pública en el expediente 12/2011 y en las Resoluciones derivadas del mismo.

c) Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la plena nulidad de la misma por prescripción de la infracción imputada.

d) Subsidiariamente respecto a lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la plena nulidad de la misma por inexistencia de la infracción imputada a D. Jaime Botín y se declare la falta de responsabilidad del mismo en relación con la conducta de la Fundación XYZ también imputada y sancionada en el procedimiento 12/2011 de la CNMV.

e) Subsidiariamente respecto a todo lo anterior, se declare la disconformidad a Derecho de la Resolución impugnada y la nulidad de la misma por vulneración del principio de proporcionalidad y, consecuentemente, se ajuste o modere la cuantía de la sanción impuesta de acuerdo con las circunstancias concurrentes, fijándola en el importe correspondiente a su grado mínimo establecido legalmente.

f) En todo caso, se publique el fallo de la Sentencia estimatoria que en su día dicte la ILMA. SALA en el Boletín Oficial del Estado.

g) En todo caso, se condene a la Administración demandada al pago de las costas devengadas en el presente Recurso.”

2.- De la demanda se dio 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:

3.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó Auto de 12 de mayo de 2014 acordando el recibimiento a prueba por plazo común de treinta días, 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, han concretando sus posiciones y reiterado sus respectiva pretensiones. Por providencia de 21 de noviembre de 2014 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 9 de diciembre de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

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

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución de 13-12-2013, dictada por el Subsecretario del Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 11-10-2013, por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A.

El 30-7-2010 el hoy recurrente comunicó a la CNMV, mediante el correspondiente formulario de declaración de adquisición de participaciones significativas, su participación del 7,85 % en Bankinter y la cesión de los derechos políticos de dichas acciones a la sociedad familiar CARTIVAL S.A.

Los hechos considerados probados en la resolución sancionadora respecto del hoy recurrente son los siguientes:

"1. D. Jaime Botín ha sido, desde la aceptación de la herencia de su padre, fallecido en 1993, el propietario final o beneficiario efectivo y, por tanto, titular real de un paquete accionario de Bankinter, representativo de un 7,85%, cuya titularidad formal ha correspondido, sucesivamente, a varias estructuras fiduciarias utilizadas como persona interpuesta, que no fue declarado al registro de participaciones significativas de la CNMV hasta el 30 de julio de 2010.

2. D. Jaime Botín habría incumplido las obligaciones de comunicación de participaciones significativas, previstas en el artículo 53 de la LMV en varias fechas (a efectos de claridad se mantiene la imputación presente en el Pliego de Cargos, sin perjuicio de la valoración que figura ahora en Fundamentos de Derecho):

- D. Jaime Botín habría sido, de forma ininterrumpida, propietario o primer beneficiario de un 7,85% adicional de Bankinter, y por tanto, de forma continuada habría incumplido con las obligaciones de comunicación de participaciones significativas.

- Cuando aceptó en herencia la participación del 7,85% de Bankinter que había formado parte del patrimonio financiero de su padre, D. Emilio Botín, fallecido en 1993, y que no fue notificada al registro de participaciones significativas.

- En ese momento, además, D. Jaime Botín tenía la condición de Consejero de Bankinter, con la obligación adicional que tienen los consejeros de informar de cualquier operación realizada con acciones de la cotizada.

- El 20 de diciembre de 2007, con la entrada en vigor de! Real Decreto 1362/2007, debió Informar que a dicha fecha poseía un 7,85% adicional de derechos de voto de Bankinter.

- El 15 de enero de 2008 y el 8 de Junio de 2009, coincidiendo con las fechas de ampliación de capital de Bankinter, D. Jaime Botín no remitió las correspondientes comunicaciones de derechos de voto informando de que cuatro entidades depositarias o custodios, en su condición de personas interpuestas, de otras tantas sociedades que eran de su propiedad, habían adquirido acciones en las ampliaciones de capital citadas, que le Nadan cruzar uno de los umbrales de notificación legalmente establecidos."

2.- En primer lugar se suscita en la demanda la existencia de una serie de vicios del procedimiento administrativo que provocarían la nulidad de la sanción impuesta por vulneración de derechos fundamentales consagrados en los art. 24 y 25 de la CE.

Sincréticamente, se afirma la vulneración del principio "*non bis in ídem*", derecho a no soportar un doble procedimiento sancionador, administrativo y penal simultáneo, desde la doble perspectiva material y formal y la desnaturalización de la información previa practicada con obtención de datos autoincriminatorios fuera del expediente sancionador y sin las garantías propias del mismo.

Se afirma que el principio "*non bis in ídem*" habría sido vulnerado desde la perspectiva material al imponer una doble sanción por los mismos hechos y por la misma supuesta infracción legal a la misma persona (en la resolución sancionadora se impone sanción tanto a la FUNDACIÓN XYZ como al Sr. Botín), ya que si de acuerdo con la resolución sancionadora la FUNDACIÓN XYZ es o actúa como una "persona interpuesta" por el actor, no debería resultar imputable por una infracción que, de existir, sería de la responsabilidad exclusiva de este último que era, según la Administración, el titular efectivo de las acciones que estaban a nombre de la FUNDACIÓN XYZ. Si la FUNDACIÓN XYZ era una mera "realidad formal", sancionado el titular real, no tiene sentido que la CNMV le imponga una sanción por infracción de un deber que conforme a esa interpretación, únicamente afectaba al recurrente. Pese a ello y a juicio de la demanda sería la Fundación, la responsable de comunicar las participaciones significativas.

También se afirma la vulneración del principio "*non bis in ídem*" desde la perspectiva formal concretada en la regla de la preferencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser no sólo

constitutivos de infracción administrativa sino también de delito o falta según el Código Penal. En la tesis recursiva, se habría producido la tramitación simultánea de tres procedimientos —uno de ellos penal (Juzgado Central de Instrucción nº 4) y dos de naturaleza administrativa (CNMV y AEAT) - por los mismos hechos, con el mismo fundamento y respecto de un mismo administrado: el Sr. Botín. Según se argumenta, el hecho de que la CNMV propusiera y el Ministerio acordara dicha suspensión supone el reconocimiento de la triple identidad (sujeto, hecho y fundamento) entre el procedimiento penal y el administrativo sancionador, pues no sólo la persona del inculpado y los hechos son exactamente los mismos, sino también el fundamento o bien jurídico protegido: la atribución de propiedad, en ambos casos, respecto de determinadas acciones de Bankinter. Si no fuese así, la Administración no debería haber decretado la suspensión sino haber proseguido el expediente sancionador. Según se afirma en la demanda, de acuerdo con el mencionado principio en su versión formal, la CNMV debió abstenerse de practicar diligencias de investigación o de comprobación de hechos desde que tuvo conocimiento de la existencia de una investigación penal sobre los mismos hechos, es decir, desde el día 28-7-2011 y, en rigor, aun antes, desde la fecha en que se dictó el auto de admisión a trámite de la denuncia de la Fiscalía, el 15-6-2011, ya que dicho auto que fue publicado en la página web de la Audiencia Nacional de la misma fecha y tuvo gran notoriedad en los medios de comunicación. Así desde 14-9-2010 la CNMV desarrolló un proceso de investigación en toda regla de tal manera que con anterioridad al acuerdo de incoación del expediente sancionador (10-11-2011) el recurrente fue objeto de una prolongada actividad de investigación —más de un año- como consecuencia de la cual se facilitaron a la CNMV numerosos datos y documentos que han sido utilizados para la inculpación en el expediente sancionador, con patente infracción de la preferencia y precedencia de la investigación penal en curso. Por ello se concluye en que todo lo actuado en el expediente sancionador desde el 15-6-2011, fecha del auto de admisión de la denuncia de la Fiscalía, o al menos, desde el 28-7-2011, hasta el acuerdo de incoación del procedimiento sancionador, acuerdo de la CNMV de 10-11-2011, e incluso con posterioridad al mismo hasta

que se dicta el Auto judicial penal de archivo el 23-5-2012, conociendo la existencia de diligencias penales sobre los mismos hechos, es nulo de pleno derecho por infracción del art. 25 de la CE y del artículo 62-1 de la Ley 30/1992, incurriendo en nulidad —por los mismos motivos- el propio acuerdo de incoación del expediente sancionador de 10-11-2011.

Como consecuencia de la vulneración del “*non bis in ídem*” desde la perspectiva formal se habría producido también, a juicio de la demanda, la desnaturalización de la investigación previa transformándola en una fase instructora del expediente sancionador y propiciando la obtención por parte de la Administración de datos, informes y documentos que incriminaban al administrado, al que una serie de requerimientos de información, sistemáticos y exhaustivos, le situaron en el riesgo de autodenuncia sin ninguna de las garantías del procedimiento sancionador legalmente establecido. A tal efecto se considera que una prueba de que en las actuaciones previas al acuerdo de incoación se llevó a efecto una verdadera investigación de hechos y no una mera comprobación de datos es su duración y que cuando la CNMV acordó incoar el procedimiento sancionador, la instrucción ya estaba prácticamente finalizada, y solo se practicó una prueba documental escasamente relevante, y el material fáctico captado en esa fase previa ha sido esencial para realizar el pliego de cargos y la propuesta de resolución.

Además se concluye que el conjunto de requerimientos de los que fue objeto el actor durante la fase actuaciones previas a la incoación del expediente sancionar fueron efectuados sin que fuese notificado de los hechos que se le imputaban (art. 135) , ni de las infracciones que tales hechos pudieran constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer (art. 135) ni sobre la identidad de los requirentes (art. 135) ni de la autoridad competente para imponer la sanción —con el derecho de recusación correspondiente- y de la norma que atribuya tal competencia (art. 135), ni posibilidad de conocer el estado de la tramitación del procedimiento (art. 35) ni de no presentar documentos no exigidos por las normas

aplicables al procedimiento (art. 35) ni de formular alegaciones (art. 135) ni de utilizar los medios de defensa admitidos por el Ordenamiento Jurídico que resulten procedentes (art. 135). En conclusión, según la demanda, la obtención de pruebas potencialmente incriminatorias, sin las debidas garantías, representa una clara vulneración del principio de tutela judicial efectiva regulado en el artículo 24 de la CE en su dimensión de derecho fundamental a no declarar contra uno mismo, así como una omisión esencial del procedimiento debido a los efectos del artículo 62-1 a) y e) de la Ley 30/1992, en redacción dada por la Ley 4/1999 y de los derechos y garantías del presunto responsable establecidos en los artículos 35 y 135 de la misma Ley 30/1992.

3.- Según la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta desde la sentencia 18/1981, de 8 de junio, como se recuerda en la sentencia constitucional 157/2007, de 2 de julio, entre las garantías aplicables en el ámbito de los procedimientos administrativos sancionadores, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24-2 de la Constitución, se encuentra el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a la defensa, el derecho a ser informado de los cargos imputados, y el derecho a no declarar contra sí mismo, que presuponen que a la Administración le incumbe la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción.

En concreto en la S, TC de 9-2-2009, nº 32/2009, se deja patente que no todos los derechos del art. 24-2 de la CE son aplicables al procedimiento administrativo sancionador y ni los que son aplicables lo son necesariamente en los mismos términos que en el proceso penal pues de lo que se trata es de una proyección en lo esencial: <<” *En cuanto a las denunciadas vulneraciones en el ámbito administrativo del art. 24.2 CE, es indiscutida la aplicación, a los actos y resoluciones de Derecho administrativo sancionador, de los principios sustantivos derivados de dicho precepto constitucional. En relación con este extremo hay que recordar que: “Este Tribunal ha venido (estableciendo) desde la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 2), hasta hoy, por todas STC 243/2007, de 10 de diciembre, la aplicabilidad a las sanciones administrativas de los principios sustantivos*

derivados del art. 25.1 CE, y también hemos proyectado sobre las actuaciones dirigidas a ejercer las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales ínsitas en el art. 24.2 CE; no mediante su aplicación literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9.3 CE. Así, partiendo del inicial reproche a la imposición de sanciones sin observar procedimiento alguno, se ha ido elaborando progresivamente una doctrina que asume la vigencia en el seno del procedimiento administrativo sancionador de un amplio abanico de garantías del art. 24.2 CE.

Sin ánimo de exhaustividad, cabe citar el derecho a la defensa, que proscribiera cualquier indefensión; el derecho a la asistencia letrada, trasladable con ciertas condiciones; el derecho a ser informado de la acusación, con la ineludible consecuencia de la inalterabilidad de los hechos imputados; el derecho a la presunción de inocencia, que implica que la carga de la prueba de los hechos constitutivos de la infracción recaiga sobre la Administración, con la prohibición de la utilización de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales; el derecho a no declarar contra sí mismo; y, en fin, el derecho a utilizar los medios de prueba adecuados para la defensa, del que se deriva que vulnera el art. 24.2 CE la denegación inmotivada de medios de prueba (por todas, SSTC 7/1998, de 13 de enero, FJ 5, y 272/2006, de 25 de septiembre, FJ 2)” (STC 70/2008, de 23 de junio, FJ 4).”>>

Además, en general, estas garantías se proyectan exclusivamente sobre el procedimiento sancionador propiamente dicho y no sobre las actuaciones previas ya que el contenido de las mismas puede ser sometido a contradicción con posterioridad dejando al margen los casos en que las actuaciones previas suplantan al procedimiento sancionador.

4.- El art. 133 de la LRJ-PAC 30/1992 se ocupa del denominado principio "*non bis in ídem*" señalando que: "*No podrán sancionarse los hechos que hayan sido*

sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento".

Comenzando por la supuesta vulneración material del principio "*non bis in ídem*", principio que impide sancionar en más de una ocasión, al mismo sujeto, por el mismo hecho y con base al mismo fundamento (triple identidad), vemos que no concurre en el caso de autos pues faltaría la identidad subjetiva.

El hecho de que la FUNDACIÓN XYZ sea calificada como instrumental en relación al Sr. Botín en la realización de los hechos sancionados – la supuesta ocultación - no priva a la primera de su personalidad jurídica propia e independiente ni de su posible responsabilidad en los hechos como persona jurídica, responsabilidad que no es objeto del presente recurso donde el único recurrente es el Sr. Botín. Como acertadamente señala el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, el que el actor entienda que era la Fundación la única obligada a comunicar las participaciones significativas y nunca el beneficiario, afectaría, en su caso, a la responsabilidad en la infracción cometida.

En cuanto a la posibilidad de multiplicidad de procedimientos sancionadores, penales y administrativos, en el caso de autos tampoco se da la vulneración del "*non bis in ídem*" denunciada pues faltaría la identidad de fundamento. Dicho fundamento no viene determinado por los hechos sino por la causa material o punitiva, por el bien jurídico protegido, y si bien los tres procedimientos tienen como premisa necesaria la de concretar fácticamente la real titularidad de una participación accionarial en Bankinter, y de ahí la procedencia de suspender el procedimiento sancionador administrativo mientras estos hechos se investigaban penalmente ya que las premisas fácticas que en su caso se asentaran en el procedimiento penal serían trasvasables al procedimiento administrativo como premisas vinculantes ex art. 137-2 de la LRJ-PAC 30 /1992 ("*los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que*

sustancien”) y ex art. 96 LMV (“*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.*”), pero el bien jurídico protegido en las sanciones penales y administrativas que pudieran imponerse es distinto, en especial en lo que concierne a la sanción aquí cuestionada y la causa penal abierta por delito fiscal.

El expediente sancionador incoado por la CNMV, lo es en aras a garantizar la transparencia como sustento imprescindible del adecuado funcionamiento del mercado y tiene por objeto la investigación de la posible adquisición de participaciones significativas por parte del actor sin realizar la preceptiva comunicación con la consiguiente ignorancia de un hecho relevante por parte de otros operadores que carecen de esta información relevante a la hora de tomar sus decisiones para actuar, encontrándose en una situación de desigualdad frente al que sí conoce la realidad ocultada, mientras que el procedimiento incoado por la AEAT tiene por objeto investigar la correcta tributación fiscal de ese paquete accionario y el procedimiento penal, en atención a la cuantía defraudada, la posible existencia de un delito fiscal cometido como consecuencia de esa ocultación, pero tanto la AEAT como la vía penal actúan en el marco de un bien jurídico protegido totalmente distinto, la Hacienda Pública, centrado en la protección del orden socioeconómico adoptado por la CE en aras de garantizar la contribución general al sostenimiento de los gastos públicos en proporción a la riqueza.

En la vertiente procedimental, el principio "*non bis in ídem*", íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el artículo 25 de la CE,

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 (subjctiva, 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 (art. 137-2 de la LRJ-PAC 30 /1992 y art. 96 de la LMV).

Por ello habríamos de ver si se ha producido o no este solapamiento procedimental, penal y administrativo, que denuncia la demanda y la respuesta

habría de ser también negativa ya que nada más incoarse el expediente sancionador por acuerdo Comité Ejecutivo de la CNMV del 10-11-2011 (notificado el 16-11-2011) los instructores formularon el 28-11-2011 propuesta de suspensión por concurrencia penal (folios 374 y ss del expediente) y tras los trámites pertinentes derivados de tal propuesta de suspensión, el 19-1-2012 se acordó por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, la suspensión del expediente (folios 595 y ss del expediente), notificándose el 24-1-2012. A partir de ese momento no consta realizada actuación alguna en el procedimiento sancionador seguido por la CNMV hasta después del 22-3-2012 cuando se dictó por el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional, auto de sobreseimiento y archivo de las actuaciones con base a la prescripción de responsabilidad penal de los imputados y la aplicación de la eximente de regularización voluntaria prevista en el artículo 305 del Código Penal, regularización que se refería exclusivamente a los ejercicios fiscales posteriores a 2005, siendo que la primera actuación efectuada fue la solicitud por los instructores, el 6-6-2012, del testimonio del auto dictado en la vía penal (folios 669 y ss del expediente). Por ello ninguna actuación instructora dirigida a determinar, conocer y comprobar los datos que hayan de servir para dictar la resolución y por ello tendente a la averiguación de los hechos, las personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias que concurren en unos y otros, se produce por la CNMV a partir del 27-8-2011 cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional remitió a la CNMV copia de la denuncia interpuesta por la Fiscalía y del auto judicial de admisión a trámite de la misma (folios 261 y ss del expediente) y por ello ninguna sanción administrativa se impuso estando abierta la causa penal. Entre ambas fechas (del 27-8-2011 hasta el 10-11-2011) solo se producen informes en el seno de la propia CNMV: a) el 18-9-2011 dos informes de la Dirección General de Mercados de la CMNV, uno para Jaime Botín y la Fundación XYZ HERITAGE FOUNDATION y otro para Fundaciones ABC y DEF; b) el 7-11-2011 se emitió el dictamen de legalidad elaborado por el Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la CNMV.

Prueba de que no se produce el solapamiento de procedimientos sancionadores es que la demanda, para construir esta infracción adjetiva del principio "*non bis in ídem*", tiene que recurrir a calificar como de verdadera instrucción las actuaciones realizadas con anterioridad al acuerdo de incoación del procedimiento sancionador.

Al respecto, el art. 69-2 de la Ley 30/1992 establece, de forma expresa, que con anterioridad al acuerdo de iniciación de un procedimiento administrativo, puede el órgano competente "*abrir un período de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento*". Se trata de un periodo informativo que puede dar lugar, en su caso, a un procedimiento sancionador o de intervención. En el marco propiamente sancionador, el 12 del Real Decreto 1398/1993 señala que: "*1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurren en unos y otros. 2. Las actuaciones previas serán realizadas por los órganos que tengan atribuidas funciones de investigación, averiguación e inspección en la materia y, en defecto de éstos, por la persona u órgano administrativo que se determine por el órgano competente para la iniciación o resolución del procedimiento.*"

Como se puede ver estas actuaciones previas comparten finalidad con las propiamente instructoras aunque tienen mero carácter preliminar y habrá de verse si las realizadas en el caso de autos, por su duración y contenido, se efectuaron en fraude de ley de cara a eludir las garantías que el procedimiento sancionador confiere al investigado o para eludir los plazos de caducidad marcados para el procedimiento sancionador mediante el subterfugio de desplazar a esta fase

preliminar toda la investigación propiamente dicha en lugar de limitarse a comprobar si concurren las circunstancias que justifiquen la incoación del procedimiento sancionador.

Dicho lo anterior no es criterio determinante de fraude de ley el que los datos obtenidos o aportados durante las diligencias previas fueran los que básicamente sirvieran para dar lugar a la sanción una vez abierto el procedimiento sancionador, que es lo que se denuncia que ocurrió en el caso de autos, pues si las diligencias se adaptan a la finalidad recogida en el art. 12 del RD 1398/1993 pueden ser por si mismas reveladoras del hecho a sancionar y de las personas responsables sin necesidad de posterior actividad probatoria. Por otro lado, tampoco podemos hablar en el caso de autos de una duración excesiva de estas actuaciones previas, poco más de un año, y no en vano, si bien la normativa aplicable al caso no establece plazo máximo de duración para las mismas, en otros ámbitos normativos como el de la protección de datos vemos que el RD 1720/2007, que aprobó el Reglamento de la LO de Protección de Datos, en su art. 122-4 establece que estas actuaciones previas tendrán una duración máxima de doce meses, contados desde la denuncia, con la consecuencia de la caducidad de las que actuaciones que excedan dicho plazo antes de que haya sido dictado y notificado acuerdo de inicio de procedimiento sancionador.

Por otro lado, en el caso de autos parte del contenido de estas actuaciones previas, que no todo (por ejemplo, también se maneja la información con origen en Bankinter en sus Informes Anuales de Gobierno Corporativo IAGO), viene determinado por los requerimientos de información dirigidos tanto al actor (2) y como a la FUNDACIÓN, XYZ HERITAGE CORPORATE SERVICES LTD (4) y de su propio contenido se desprende claramente qué hechos estaban siendo investigados por la CNMV, pero no una acusación material inminente contra el actor, por lo que difícilmente se puede alegar indefensión sin que el cumplimiento del deber legal de atender a tales requerimientos pueda configurarse como autoinculpación forzada:

- El 14-9-2010 el Departamento de Informes Financieros y Corporativos (DIFC) de la CNMV emitió un requerimiento de información al recurrente en relación a los hechos comunicados por él mismo. Este requerimiento tiene por objeto la identificación de los beneficiarios de la Fundación XYZ y el número de acciones que poseía la misma, al objeto de analizar la existencia o inexistencia de participaciones significativas.
- El 4-10-2010, 19-11-2010, el 25-2-2011 y 8-4-2011, se enviaron por el DIFC sendos requerimientos de información al administrador de la FUNDACIÓN, XYZ HERITAGE CORPORATE SERVICES LTD para concretar los beneficiarios, las participaciones y si estas eran significativas.
- El 4-7-2011, un nuevo requerimiento de información al recurrente para que explicara, entre otras cuestiones, cómo se había ejecutado el traspaso de las acciones de Bankinter respondiendo D. Jaime Botín que él no había sido propietario de las acciones de Bankinter procedentes del patrimonio de su padre y no declaradas en España; que dichas acciones fueron propiedad de un TRUST y de una Fundación de derecho extranjero, como patrimonio separado y gestionado por sus propios administradores, sin que D. Jaime Botín tuviera la propiedad, control ni disposición de dichas acciones; sólo era beneficiario de las mismas junto a sus hijos.

Por ello, dentro del procedimiento sancionador propiamente dicho e incluso durante la fase previa que le precedió, es evidente que el hoy recurrente ha tenido conocimiento de los hechos que se investigaban y que le afectaban y la oportunidad de formular las alegaciones que a su derecho convinieran así como de aportar y proponer las pruebas que estimase pertinentes manteniendo una posición que no puede considerarse como autoinculpatoria ya que se centró en negar la propiedad del paquete accionarial.

En conclusión, no advertimos que la actuación administrativa llevada a cabo en el caso de autos en las actuaciones previas, haya sido arbitraria o tendenciosamente dirigida a fines que no le son propios, a ejercer la potestad que tiene encomendada la Administración para comprobar la realización de hechos relacionados con sus competencias, debiéndose concluir que no ha existido un solapamiento de procedimientos contrario al “*non bis in ídem*” en su perspectiva procedimental y que, a efectos del inicio del cómputo del plazo de caducidad, las fechas que resultan determinantes son las de iniciación del propio procedimiento sancionador y no las fechas en que se produjeron las actuaciones administrativas preliminares pues su duración no puede reputarse como arbitrariamente desproporcionada ni su contenido arbitrariamente dirigido en fraude de ley para eludir el cumplimiento de aquellos plazos.

5.- Se alega también como argumento recursivo la nulidad del procedimiento administrativo sancionador por falta de competencia del Consejo de la CNMV para formular una segunda propuesta de resolución, con recalificación de los hechos de la primera propuesta de resolución y por separación injustificada y arbitraria del precedente administrativo.

En la demanda se construye este motivo señalando que la normativa no permite a la CNMV alterar en un punto sustancial la propuesta de los instructores, revisarla y sustituirla por una propuesta de resolución nueva, elaborada por el propio Consejo de la CNMV. De esta forma se denuncia que habría habido tres propuestas de resolución en el mismo expediente sancionador y que el Consejo de la CNMV, con su actuación, suplantó la función natural de los instructores en el procedimiento sancionador, ya que estos eran quienes habían gestionado todo el expediente y quienes tenían un conocimiento exhaustivo de los hechos, y lo hizo en un punto fundamental del procedimiento - la aplicación o no de la prescripción de la infracción- haciéndolo sin revocar el nombramiento de los instructores designados por el Comité Ejecutivo, sin volver a realizar una mínima instrucción,

sin solicitar informes a los servicios técnicos y jurídicos de la CNMV que habían intervenido en el procedimiento (Dirección General de Mercados, Dirección del Departamento de Informes Financieros y Corporativos y Dirección del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador), sin notificarlo a los instructores y sin notificarlo tampoco a al recurrente a quien se traslada una nueva propuesta de resolución después de ser aprobada por el Consejo de la CNMV y con ello se cercenó el derecho del actor a una nueva instrucción del procedimiento y a las garantías propias del mismo. Se asume que es cierto que se concedió el trámite de audiencia respecto de la segunda propuesta de resolución, pero se afirma que era el Ministro quien tenía la competencia para haber modificado, en su caso, la propuesta de los instructores.

Además se dice que la segunda propuesta de resolución incurre en grave arbitrariedad administrativa tanto por apartarse de las actuaciones precedentes de la CNMV ya que el Consejo de la CNMV ha modificado el criterio pacíficamente aplicado desde su fundación en cuanto a la comisión de la infracción del art. 53 de la LMV y lo ha hecho además para justificar la sanción a imponer al actor, como por llevar a efecto una recalificación de los hechos declarados probados en la instrucción, en contra de lo establecido en el artículo 138-2 de la Ley 30/1992 y en el artículo 20-3 del RD 1398/1993 pues la segunda propuesta de Resolución declara que no ha prescrito la infracción imputada al actor y, sin embargo, da por admitidas tácitamente, al no entrar a revisarlas, las prescripciones reconocidas en los Informes razonados de la CNMV, en el Dictamen de legalidad de la CNMV y en la Propuesta de los instructores respecto de otras personas físicas o jurídicas incluidas en el ámbito del expediente sancionador, como es el caso de los miembros de la otra rama familiar y del trust "PLENUMCORPORATION". Se defiende que al revisar la fijación de hechos establecida por el órgano instructor, considerando que algunas posibles infracciones del deber de información regulado en el art. 53 de la LMV habían prescrito y otras no, el Consejo de la CNMV ha ido más allá de la valoración jurídica de los hechos entrando en una reinterpretación de los antecedentes fácticos de la propuesta, como sucede siempre que se

reformula la calificación de los antecedentes de hechos de los que depende la aplicación o no de la prescripción a un delito o a una infracción administrativa, lo que, en este caso además, escapaba a la competencia de la CNMV, puesto que la norma solo permite la recalificación de los hechos como consecuencia de la instrucción del procedimiento (art. 16 y 20-3 del RD 1398/1993) y con vulneración del principio de separación entre la fase instructora y la sancionadora del procedimiento sancionador establecido en el artículo 134-2 de la Ley 30/1992.

6.- En relación con el argumento de la demanda resumido en el fundamento jurídico antecedente, comenzamos por analizar si el Consejo de la CNMV carecía o no de competencia para actuar como actuó, modificando la propuesta de resolución dictada por los instructores del procedimiento y si ello ha supuesto una irregularidad causante de indefensión material, no meramente formal, hasta el punto de determinar la nulidad.

De conformidad con el art. 18 del RD 1398/1993 la propuesta ha de ser elaborada por “*el órgano instructor del procedimiento*”.

Si examinamos el expediente administrativo vemos que en el acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV por el que se produce la incoación del procedimiento sancionador de 10-11-2012, y de conformidad con lo preceptuado en el art 13 del mencionado RD en cuanto al contenido mínimo, “*se nombra instructores a D. Pedro Villegas Moreno y D. Pablo Táuler San Miguel*” los cuales formularon su propuesta de resolución el 11-3-2013, propuesta que fue notificada al recurrente, en el domicilio y persona designada, el 14-3-2013 sin que se presentasen alegaciones por su parte (si lo hicieron las Fundaciones también concernidas en el procedimiento). A continuación los instructores nombrados procedieron a elevar el expediente sancionador al Consejo de la CNMV y tras una nota de la Dirección General del Servicio Jurídico de la CNMV sobre un punto concreto de la propuesta de resolución de los instructores, la prescripción de conductas infractoras, el Consejo de la CNMV, en su sesión de 16-7-2013,

aprueba “*una propuesta de resolución modificada*” (sic) recogida en anexo al acta, propuesta que se vuelve a notificar a los interesados, en concreto al hoy actor el 30-7-2013, que presentó alegaciones a la misma en escrito datado el 3-9-2003. Tras ello el Consejo de la CNMV en su reunión de 2-10-2013 aprueba la propuesta de resolución que eleva al Ministro.

De lo obrante en el expediente es palmario que no se vulneró una de las garantías básicas del procedimiento sancionador, la separación de la instrucción respecto de la resolución, ya que la instrucción, incluida la prueba, propuesta de resolución y alegaciones estuvo siempre radicada en la CNMV mientras que la resolución recayó en el Ministro de Economía y Competitividad cuya competencia para ello no ha sido cuestionada y en cuanto la controvertida intervención del Consejo de la CNMV en la instrucción, elaborando una segunda propuesta de resolución que modificaba la inicial de los instructores, el art. 6 de la Resolución de 10-7-2003 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la CNMV, determina que a dicho órgano corresponde el ejercicio de todas las competencias a las que se refiere el art. 4, entre ellas el ejercicio de la potestad sancionadora.

De esta manera es el órgano al que le corresponde resolver el expediente él que viene limitado por las prescripciones del art. 138-2 de la LRJ-PAC 30/1992 (“*En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica*”) y del art. 20-3 del RD 1398/1991 (“*En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en la fase de instrucción del procedimiento, salvo los que resulten, en su caso, de la aplicación de lo previsto en el número 1 de este artículo, con Independencia de su diferente valoración jurídica.*”).

Por ello, es el órgano competente para resolver el que no puede hacerlo atendiendo a hechos distintos a los determinados en la fase instructora ya que son los hechos que se han puesto en conocimiento del interesado como objeto de la

acusación y por ello son los hechos en los que se ha centrado la oportunidad de contraataque y defensa mediante prueba y alegaciones, con la excepción de la posibilidad de considerar los hechos que resulten de la práctica de actuaciones complementarias que pueda acordar el órgano competente para resolver que no es el caso de autos. Pero una cosa es que no se puedan introducir nuevos hechos por el órgano competente para resolver y otra muy distinta que éste tenga que seguir necesariamente y en todo caso la valoración del instructor en relación a los mismos y, es evidente, que la posible prescripción de la infracción, aunque se sustente sobre datos fácticos, no es una cuestión de hecho sino de derecho. De ahí que no hay infracción procedimental alguna ni vulneración de derechos del sancionado cuando, como en el caso de autos, no ya el Consejo de la CNMV sino el Ministro no sigue la propuesta inicial de los instructores sino una posterior sobre la que también incidió el trámite de alegaciones.

En lo que se refiere a apartamiento del precedente administrativo, la actora en ningún caso acredita la existencia del cambio de criterio que denuncia (afirma que el criterio seguido de forma invariable por la CNMV ha sido siempre el de considerar que el deber del artículo 53 LMV se agota en el plazo de comunicación quinquenal reglamentariamente establecido) y sorprendentemente dice que no necesita hacerlo sobre la base de que es la propia Administración la que lo admite en la resolución impugnada cuando resulta que el propio párrafo que cita en la demanda para hacer prueba de ello lo único que refleja es la asunción por la Administración de un cambio de criterio respecto del de la inicial propuesta de resolución que finalmente no es acogida por la resolución sancionadora, que no respecto de otros precedentes administrativos sancionadores por la misma conducta y tipo sancionador, sobre la premisa de que ello – el no seguir la propuesta inicial - no había sido arbitrario, caprichoso o falta de justificación “... *pues tanto la propuesta de resolución aprobada por el Consejo como la Resolución finalmente dictada exponían de manera clara, precisa y completa los motivos... por los cuales se pasaba a considerar la infracción del deber de comunicación previsto en el artículo 53 LMV como una infracción permanente*”.

Por otro lado el que sea excepcional el que no se siga la propuesta inicial del instructor y se proceda a elaborar otra que la sustituya no quiere decir que ello sea ilegal tal y como hemos visto y no en vano para huir de un sistema puramente inquisitorial se establece la separación de fases tanto en el procedimiento sancionador administrativo como en el proceso penal y en el caso de autos, en esa segunda propuesta no se introducen hechos nuevos sino una diferente consideración acerca de la prescripción de la infracción, sin que el órgano competente para sancionar interviniese en la misma y respecto de la cual el recurrente pudo efectuar y efectuó alegaciones.

En cuanto al criterio aplicado, la resolución sancionadora está motivada en este punto considerando que no concurre prescripción sobre la base de que se trata de una infracción de tracto permanente y no único. Cuestión distinta es que la parte pueda compartir o no tal criterio y por ello se cuestione la prescripción tanto fáctica como jurídicamente pero ello no puede llevar a afirmar la existencia un actuar administrativo arbitrario y tendenciosamente vinculado a la persona del actor por su relevancia pública, ni tampoco se puede hablar de una confianza legítima en la legalidad de su actuar administrativo por la no existencia de circulares fijando criterios concretos orientadores en la materia. Por otro lado un supuesto error invencible de prohibición centrado en la falta de conocimiento de la antijuridicidad de la conducta no puede llevarse al argumento de la prescripción pues en la posición mantenida por el actor no se parte de que se ignorara la obligación de la declaración de participaciones significativas sino de que se entiende que dicho incumplimiento ya no puede ser sancionado a socaire de la prescripción de la infracción.

7.- En lo que atañe a la alegada caducidad del expediente sancionador, los hitos temporales y fácticos de interés al caso de autos son los siguientes:

- El 27-8-2011 el Juzgado Central de Instrucción nº 4 de la Audiencia Nacional remitió a la CNMV copia de la denuncia interpuesta por la Fiscalía y del auto judicial de admisión a trámite de la misma.
- El 18-9-2011 dos informes de la Dirección General de Mercados de la CMNV, uno para Jaime Botín y la Fundación XYZ HERITAGE FOUNDATION y otro para Fundaciones ABC y DEF.
- El 7-11-2011 se emitió el dictamen de legalidad elaborado por el Departamento del Servicio Contencioso y del Régimen Sancionador de la CNMV.
- El **10-11-2011**, el Comité Ejecutivo de la CNMV adoptó el acuerdo de incoar expediente sancionador, entre otros, al hoy recurrente. Este acuerdo se plasma documentalmente de forma dual en lo que administrativamente se denomina como “*acuerdo de incoación corto*” (sic) – documento nº 1 del expediente- y cuyos destinatarios eran los instructores designados y en el denominado “*acuerdo de incoación largo*” (sic) – documento nº 2 del expediente- resultando que este último acuerdo “*largo*”, que tiene la data de 14-11-2011, es el que materialmente cumple con las exigencias de contenido mínimo que fija el art. 3 del RD 2119/1993 y, por remisión, el art. 13 del RD 1398/1993 y es el que fue efectivamente notificado a los afectados, entre ellos el hoy actor. La propia Administración en sus resoluciones, mediata e inmediata en reposición, asume como fecha de iniciación del procedimiento sancionador la del 10-11-2011 aunque la conclusión a la que se va a llegar no se vería afectada ya se tomara como fecha de inicio la del 10-11-2014 o la del 14-11-2011.
- El 28-11-2011, los instructores formularon propuesta de suspensión del expediente administrativo por concurrencia penal.
- El 12-12-2011, el Comité Ejecutivo de la CNMV acordó elevar la citada propuesta de suspensión del expediente al entonces Ministerio de Economía y Hacienda

- El 19-1-2012, se acordó por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, la suspensión del expediente por concurrencia penal "*hasta que recaiga pronunciamiento firme de autoridad judicial*".
- El 25-1-2012, los instructores dictaron providencias, mediante las que notificaron el acuerdo de suspensión del expediente administrativo sancionador, tanto al Juzgado Central de Instrucción n° 4, de la Audiencia Nacional como a la Fiscalía Especial Contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada y solicitaron la remisión, en el momento que procediera, de copia de las resoluciones judiciales que se dictaran en el procedimiento penal, que pudieran incidir en la suspensión del expediente administrativo sancionador, a efectos de poder valorar, en su momento, la conveniencia de proponer el levantamiento de dicha suspensión.
- El **6-6-2012**, y habiendo tenido conocimiento por la publicación en medios de comunicación que el Juzgado Central de Instrucción n° 4 de la Audiencia Nacional había dictado resolución acordando el sobreseimiento libre y el archivo de las actuaciones en el procedimiento penal indicado, los Instructores remitieron al órgano judicial, providencia solicitando la remisión de testimonio de la resolución judicial, con constancia de su firmeza.
- El 12-6-2012 tiene entrada en la CNMV la contestación del Juzgado Central de instrucción n° 4, de la Audiencia Nacional, que remitió copia testimoniada del Auto dictado con fecha 22-5-2012, haciendo constar su firmeza.
- El 25-6-2012 y a la vista de la documentación recibida del el Juzgado Central de Instrucción n° 4, de la Audiencia Nacional, los Instructores del expediente elevaron al Comité Ejecutivo de la CNMV, propuesta motivada de levantamiento de la suspensión del expediente administrativo.

- El 28-6-2012, el Comité Ejecutivo de la CNMV, adoptó el Acuerdo de elevar al Ministro de Economía y Competitividad, la propuesta de levantar la suspensión del expediente que fue remitido al Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa el 6-7-2012.
- El 27-7-2012, el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, adoptó el acuerdo de levantar la suspensión del expediente administrativo.
- El 10-1-2013, se acordó por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores ampliar por el tiempo máximo legalmente permitido (seis meses) el plazo total para tramitar y resolver el expediente sancionador objeto de recurso.
- Los inspectores designados elaboran propuesta de resolución el 11-3-2013, propuesta que fue notificada al recurrente, en el domicilio y persona designada, el 14-3-2013 sin que se presentasen alegaciones por su parte (si lo hicieron las Fundaciones también concernidas en el procedimiento)
- Los instructores nombrados procedieron a elevar el expediente sancionador al Consejo de la CNMV y tras una nota de la Dirección General del Servicio Jurídico de la CNMV sobre un punto concreto de la propuesta de resolución de los instructores, la prescripción de conductas infractoras, el Consejo de la CNMV, en su sesión de 16-7-2013, aprueba "*una propuesta de resolución modificada*".
- La propuesta se vuelve a notificar a los interesados, en concreto al hoy actor el 30-7-2013, que presentó alegaciones a la misma en escrito datado el 3-9-2003.
- El Consejo de la CNMV en su reunión de 2-10-2013 aprueba la propuesta de resolución que eleva al Ministro.
- El 11-10-2013 se dicta la Orden del Ministro de Economía y Competitividad que impone la sanción siendo notificada al recurrente el mismo día.

La caducidad del expediente sancionador se construye argumentalmente en la demanda sobre la base de que desde el 10-11-2011, fecha del acuerdo de incoación, hasta el 11-10-2013 fecha de notificación de la resolución sancionadora, el expediente ha tenido una duración de 1 año, 11 meses y 1 día superándose la duración máxima incluso con las suspensiones establecidas en el procedimiento.

Conviene tener presente que, por lo señalado en el FJ 3 “in fine” de la presente, queda descartada cualquier caducidad que pueda construirse sobre la premisa de computar, dentro del plazo máximo de duración del expediente administrativo sancionador, el período correspondiente a las actuaciones previas.

En cuanto al procedimiento sancionador propiamente dicho, no es cuestión debatida que, de inicio, el plazo máximo para resolver y notificar era de un año (D.A Tercera de la Ley 41/1999 por remisión al RD 2119/1993 sobre el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los Mercados Financieros, en su art. 2) y que éste fue ampliado por otros 6 meses por acuerdo de la Comisión Ejecutiva de la CNMV de 10-1-2013.

De esta manera la cuestión quedaría limitada a la incidencia que, en la duración del procedimiento administrativo sancionador, tuvo el procedimiento penal con la suspensión que impone la prejudicialidad penal del art. 96 de la LMV ya que el recurrente solo admite la suspensión desde el 19-1-2012, fecha del acuerdo del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro del ramo, por el que se acordó suspender el expediente sancionador, hasta 1-6-2012, data de la firmeza del auto judicial, o hasta 12-6-2012, fecha de notificación del auto firme a la Administración, con lo que según el criterio de la demanda, en el mejor de los casos, la duración máxima podría haber llegado hasta el 4-10-2013 siendo que el acuerdo sancionador no se le notifica hasta el 11-10-2013. Por el contrario la Administración lleva la suspensión hasta el

27-7-2012 fecha en que se levanta la misma por la Administración mediante acuerdo del órgano competente para resolver con lo que el vencimiento del plazo máximo para resolver y notificar habría tenido lugar el 18-11-2013 y, en el peor de los casos, señala que habría de tomarse como “dies ad quem” del periodo de suspensión el 6-7-2012 fecha en que se puso en conocimiento del órgano competente para resolver el auto judicial firme, con lo que tampoco habría caducidad.

La recurrente vuelve a reproducir en la demanda los argumentos que expuso en la alzada centrados en 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 del artículo 7-2 del RD 1398/1993, cuando señala que “... *el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recalca resolución judicial*” citando en su apoyo dos sentencias del TS de 31-3-2009 y 5-6-2012 que remiten en estos casos para la reanudación del procedimiento sancionador a la fecha en que se dicte resolución judicial firme que acuerde el sobreseimiento aun cuando aquella resolución no se hubiera notificado a la Administración.

Al respecto es de señalar que lo reflejado en el acuerdo del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro, de 19-1-2012, por el que se acordó suspender el expediente sancionador por prejudicialidad penal, no es determinante al caso pues se limitó a reproducir el tenor literal del art. 96 de la LMV y de lo que se trata, precisamente, es de interpretar el “*dies ad quem*” de la suspensión por prejudicialidad penal sobre la premisa de la expresión legal de “*hasta que recaiga pronunciamiento firme de la autoridad judicial*”.

Ciertamente pueden suscitarse dudas en cuanto al trasvase al caso de autos de las conclusiones expuestas en las sentencias citadas en la demanda, sentencias del TS de 31-3-2009 (Rec 8/2008) y 5-6-2012 (Rec. 195/2010) ya que

aparecen centradas en otro ámbito normativo y en ellas el propio TS parte de “*de la especificidad de la normativa sancionadora en esta materia*”. En orden la determinación de la fecha de reanudación del plazo de caducidad del procedimiento sancionador por infracciones del orden social que había quedado en suspenso por concurrencia con la jurisdicción penal, y con arreglo a las previsiones literales del entonces vigente art 5-1 del Real Decreto 928/1998, en la primera de las sentencias mencionadas se concluye <<“...*que la reanudación del procedimiento sancionador puede producirse desde que se dicte resolución judicial firme que acuerde el sobreseimiento aún cuando aquella resolución no se hubiera notificado a la Administración, pues como afirma el Abogado del Estado, la falta de cumplimiento de esta obligación legal, no puede perjudicar al administrado, pues, en todo caso, es debida a la falta de coordinación entre la Administración pública y el Tribunal de Justicia.*”>> siendo de destacar que tras la nueva redacción dada al art. 5-1 del Real Decreto 928/1998 por el artículo único del Real Decreto 772/2011, de 3 de junio, este criterio, centrado en la mera literalidad del precepto y en la especificidad del orden social, ya no es sostenible pues la suspensión del procedimiento administrativo sancionador en esta materia se produce “*hasta que el Ministerio Fiscal, en su caso, resuelva no interponer acción o le sea notificada la firmeza de la sentencia o auto de sobreseimiento que dicte la autoridad judicial*” introduciéndose el matiz de la necesaria notificación.

Aun a pesar de la literalidad del art. 96 de la LMV (similar a la primera redacción del art. 5-1 del RD 928 que dio lugar a la jurisprudencia a la que se alude en la demanda y a la que nos referimos en el párrafo anterior), si partimos de que la caducidad tiene su base en evitar la superación por parte de la Administración de los plazos máximos de tramitación y resolución en los procedimientos iniciados de oficio y de que se produce de forma automática, por el simple transcurso del tiempo, aunque en ocasiones se la haya vinculado a la inactividad o dejadez administrativa de la que pueda inferirse una renuncia a la potestad sancionadora y una perturbación al derecho de tramitación de los procedimientos sin dilaciones, es evidente que la caducidad solo puede

establecerse sobre la premisa de la posibilidad de actuación administrativa y, 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 lo que en este caso acontece cuando el Juzgado Central de Instrucción nº 4, en contestación al oficio que le envían los instructores dadas las noticias aparecidas en la prensa, remite testimonio de la resolución firme dictada, contestación que tiene entrada en la CNMV el 12-6-2012 (documento 34 del expediente).

Por la misma razón expuesta, no puede utilizarse en contra de la caducidad, el plazo que la Administración, una vez que ha tenido conocimiento pleno del pronunciamiento firme judicial penal, tarda en levantar la suspensión que es lo que subyace en el criterio de la resolución recurrida y del Abogado del Estado cuando pretenden dilatar el “dies ad quem” de la suspensión a la fecha en que se dicta el acuerdo oportuno de levantamiento de la suspensión por el órgano competente para resolver. En el caso de autos, tomando como referencia la data en la que en el seno de la CNMV se tuvo conocimiento oficial de la conclusión en firme de la causa penal, vemos que se tardó casi un mes en hacerlo llegar al órgano que había acordado la suspensión y que como competente para resolver la misma lo era también para levantarla y en global se tardó mes y medio en levantar efectivamente la suspensión dictando el oportuno acuerdo, lo que parece a todas luces no solo injustificado sino excesivo dado el principio de unidad administrativa y dado que la suspensión, como excepción a la duración normalmente prevista, es una excepción que debe interpretarse y aplicarse de forma restrictiva y en todo caso eludiendo la posibilidad de que la Administración pueda modular a su antojo los plazos previstos normativamente a socaire de la mera realización de actos de comunicación interna. Podemos ver que frente a este ralentizado actuar sí se tuvo suficiente celeridad para actuar tras la propuesta de resolución definitiva elaborada

por Consejo de la CNMV en su reunión de 2-10-2013, elevándola de la CNMV al Ministro competente para sancionar, dictando la resolución sancionadora y notificándola el 11-10-2013, todo ello prácticamente en una semana, y de ahí que nada justifica los plazos invertidos en levantar la suspensión ni siquiera la superposición de actuación de los órganos de instrucción y de resolución. Es la Administración la que debería haber ajustado sus plazos de actuación al hecho indiscutible de que el conocimiento efectivo de la resolución judicial que puso fin al procedimiento penal se produce con la entrada de la comunicación del Juzgado ante la CNMV el 12-6-2012, lo que acontece con bastante antelación respecto a la conclusión final de procedimiento sancionador mediando incluso un acuerdo de 10-1-2013 por el que se acordó, por la Comisión Ejecutiva de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, ampliar por seis meses el tiempo máximo permitido.

Además la cita que se hace en la resolución recurrida de la sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 6ª, de 21-3-2005 (Rec 393/1992) ratificada por el Tribunal Supremo en sentencia de 18-3-2008 (Rec. 3219/2005), no es trasvasable al caso de autos y ello no por el hecho de que trate una sanción del ICAC como se alega por el recurrente sino porque, en su afirmación de que los días restantes habrían de computarse desde la fecha en que se alza la suspensión, se parte de que, en dicho caso, tal fecha, la del alza, es la misma en la que se le notifica el auto (en concreto se tomó como tal la data del 21-3-2011 que era precisamente la fecha en la que la Abogacía del Estado comunicó al Instructor el archivo de las actuaciones penales lo que fácticamente vendría a reforzar la tesis que, precisamente, la Administración pretende combatir), y es por ello que en la sentencia antedicha no se tiene en cuenta, a los efectos de caducidad, el largo plazo habido entre el efectivo archivo de las actuaciones penales y el alzamiento de la suspensión ya que dicho retraso no era imputable al órgano administrativo sancionador al que no se había comunicado antes el archivo, ni por las partes ni por el órgano penal siendo que la única comunicación fue la de la Abogacía del Estado.

Igual ocurre con la citada sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, de 27-2-2008 (Rec. 83/2007) que en el marco de una sanción de la Agencia de Protección de Datos, alcanza la conclusión de que no puede estarse a la fecha del auto penal de archivo por fallecimiento pues es necesario que se tenga conocimiento del mismo en el procedimiento administrativo sancionador pero sin que se contenga pronunciamiento motivado alguno trasvasable al caso de autos acerca de si, en cuanto a la fecha del levantamiento de la suspensión, haya de estarse a la fecha del conocimiento o la del efectivo alzamiento de la suspensión una vez conocido el archivo, cuando ambas no coinciden.

Por último, la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 5ª, de 13-2-2013 (Rec. 187/2012) que también se cita en la resolución recurrida tampoco es trasvasable al caso pues en el ámbito de una sanción de la Ley de Seguridad Ciudadana y Reglamento de Armas se trata el tema de la caducidad en relación a una suspensión en el marco del art. 42-5 c) de la LRJ-PAC, suspensión para recabar datos del juzgado penal de cara valorar una posible prejudicialidad penal y en ningún caso se estudia la incidencia de una suspensión por una efectiva prejudicialidad penal y el concreto momento en que se reinicia el computo del plazo de duración en estos casos: <<" *Por tanto, la suspensión del expediente administrativo para recabar estos datos se configura como un trámite esencial e indispensable, y de ello dimana su justificación jurídica, independientemente del mayor o menor acierto que las normas legales y reglamentarias puedan contener sobre este trámite; así, el carácter preceptivo, que exige el precitado artículo 42.5.c) de la LRJAPC, para acordar la suspensión, dimana, en estos supuestos, de su propia naturaleza jurídica, como hemos dicho más arriba, la necesidad de valorar la prejudicialidad penal en el expediente sancionador, y la dicción del artículo 7.2 del Real Decreto 1398/1993, no puede ser interpretada como lo efectúa el Juez a quo, por cuanto, el apartado 1 párrafo 2º, del mismo artículo dispone: "... así como cuando los órganos competentes*

tengan conocimiento de que se está desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, solicitarán del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas ", y para cubrir este trámite el instructor está facultado para acordar la suspensión de la tramitación procedimental, y el número 2 del precepto reglamentario, se refiere a otro momento del procedimiento sancionador, cuando recabados los datos fácticos se aprecia la concurrencia de la similitud necesaria para paralizar el procedimiento por prejudicialidad penal.

En consecuencia, siendo conforme a Derecho la suspensión del expediente de autos, e iniciado el mismo el día 30 de noviembre de 2009, y notificada la resolución el día 1 de julio de 2010, suspendido desde el día 11 de diciembre de 2009 y reanudado el día 25 de febrero de 2010, en la fecha de la notificación no había transcurrido el plazo máximo para resolver que contaba la Administración, y por tanto el procedimiento no está caducado.”>> Vemos que no hay nada en esta sentencia que haga concluir que la que se tiene por fecha de la reanudación sea otra distinta de la que marca el art. 42-5 c) cuando determina que la suspensión será “por el tiempo que medie entre la petición, que deberá comunicarse a los interesados, y la recepción del informe, que igualmente deberá ser comunicada a los mismos.” Es más, en ninguna parte de la sentencia consta el dato de que la comunicación judicial correspondiente se recibiera el 12-2-2010 dato que sirve a la Administración para afirmar que en el caso tratado por dicha sentencia la suspensión se levantó 13 días después.

Por todo lo dicho, de poderse citar jurisprudencia no sería precisamente en apoyo de la tesis de la Administración y llevando las conclusiones expuestas al caso de autos, atendiendo a una duración máxima de 1 año y 6 meses, habiéndose iniciado el procedimiento el 10-11-2011 y concluyéndose el 11-10-2013 por notificación de la resolución sancionadora de igual fecha y habiendo estado suspendido por concurrencia penal desde 19-1-2012 hasta el 12-6-2012 (4 meses y 24 días) el expediente ha de entenderse, aun por poco, como caducado (caducaba el 4-10-2013) y por ello procede anular la resolución recurrida en

cuanto a que impone una sanción haciendo caso omiso a tal hecho, sin entrar a valorar el resto de las cuestiones suscitadas en la demanda.

En cuanto a la solicitud de que, en todo caso, se publique el fallo de la sentencia estimatoria en el BOE, la misma es plenamente procedente en el marco del art. 31-2 de la LJCA por cuanto si dicha publicidad fue la que le se dio a la sanción impuesta es la misma publicidad la que ha de darse a la anulación de dicha sanción pues solo así se restablece correctamente la situación del crédito personal del recurrente en la publicidad oficialmente establecida.

8.- 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.

El cuanto al recurso procedente contra la presente habrá de estarse a la cuantía fijada por el Sr. Secretario que no ha sido objeto de cuestionamiento alguno por las partes y que atiende al importe económico de la sanción principal impuesta al recurrente.

FALLO

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

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. JAIME BOTÍN-SANZ DE SAUTUOLA Y GARCÍA DE LOS RÍOS** contra la resolución, de fecha 13-12-2013, dictada por el Subsecretario del Economía y Competitividad por delegación del Ministerio de

Economía y Competitividad, por la que se acuerda desestimar el recurso de reposición presentado contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad, de 11-10-2013, por la que fue impuesta al hoy recurrente una multa de 500.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave de las previstas en el art. 99 p) en relación con el art. 53, ambos de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) por el incumplimiento del deber de comunicación y difusión de participaciones significativas en BANKINTER, S.A. y **anular** la resolución/es impugnada/s por cuanto se impone una sanción estado caducado el procedimiento sancionador, debiéndose proceder por la Administración a publicar en el BOE el fallo de la presente resolución de forma inmediata a la firmeza de la presente.

Con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente resolución solo es susceptible de recurso de casación para la unificación de doctrina (art. 96 y ss. LJCA) ante el Tribunal Supremo y que se interpondrá directamente ante esta Sala sentenciadora en el plazo de TREINTA DÍAS, contados desde el siguiente a la notificación.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

D^a. LUCIA ACÍN AGUADO

D^a. ANA MARÍA SANGÜESA CABEZUDO