

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE OCTUBRE DE 2008

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 290/06  
**Ponente:** Dª. Lucía Acín Aguado  
**Acto impugnado:** Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006 que confirma en reposición otra de 10 de marzo de 2006.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintiuno de octubre de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso administrativo número 290/06 promovido por Don I.L.T. representado por el Procurador de los Tribunales Don I.M.O. contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 10 de marzo de 2006 que acuerda imponer a Don I.L.T. una sanción de 682.555 euros por haber adquirido entre los días 18 y 24 de octubre de 2001, acciones de FILO, SA estando en posesión de información privilegiada relativa a dicho emisor. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 682.555 euros.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**UNICO.-** El 12 de julio de 2006 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora formalizó la demanda en escrito de 10 de octubre de 2008 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando:

*"1. La nulidad de las resoluciones posteriores a la providencia de 12 de agosto de 2005 (y en especial, la dictada en fecha 16 de junio de 2006) ante la flagrante vulneración de derechos fundamentales, todo ello de conformidad con los argumentos esgrimidos a lo largo del presente escrito, debiendo dictarse nueva resolución que acuerde el archivo del expediente administrativo de referencia.*

*2. Subsidiariamente, y para el caso de no estimarse la nulidad interesada, previa valoración de los hechos objeto de las presentes actuaciones, interesamos el recibimiento del pleito a prueba, solicitando se practique la prueba que aparece detallada en el otrosí primero del presente escrito.*

*3. En todo caso, se dicte resolución revocando la resolución de fecha 16 de junio de 2006, acordando el archivo de las presentes actuaciones, y en consecuencia, la revocación de la imposición de la sanción, por no ser los hechos en ningún caso constitutivos de la infracción imputada ante la atipicidad de los mismos por incumplimiento de los requisitos del tipo.*

*4. Por último, y para el caso de no estimarse los argumentos jurídicos esgrimidos por esta parte, que de manera subsidiaria se aplique al Sr .I.L.T. la sanción en su grado mínimo, por la estricta aplicación del principio de proporcionalidad en virtud de los argumentos esgrimidos a lo largo del presente escrito."*

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicada la declarada pertinente, presentadas conclusiones, por providencia de 23 de septiembre de 2008 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo lo que se efectuó el 14 de octubre de 2008.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D.<sup>a</sup> Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 10 de marzo de 2006 por la que acuerda *Imponer a Don I.L.T., por la comisión de una infracción muy grave de la letra o), del artículo 99 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el punto 2, del artículo 81, del mismo texto legal, por haber adquirido entre los días 18 y 24 de octubre de 2001, acciones de FILO, S.A. estando en posesión de información privilegiada relativa a dicho emisor una multa de 682.555 euros (SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS).*

**SEGUNDO.-** La parte actora al objeto de fundamentar el recurso alega que se ha vulnerado el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes, no consta acreditado que asistiera al Data Room y por tanto conociera la información facilitada por FILO, en dicho Data Room, no tenía información privilegiada por cuanto la misma era pública y el comportamiento del mercado en relación con las acciones de FILO no fue ni mejor ni peor que el que tuvo el recurrente. Con carácter subsidiario considera que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad. El Abogado del Estado considera en el escrito de demanda que el recurrente hizo uso de información privilegiada por cuanto disponía de información en torno a FILO por razón del cargo que ocupaba en una sociedad que prestaba asesoramiento a una empresa interesada en formular una OPA sobre dicha compañía. Se trataba de una información de la que no disponía el mercado y se benefició de dicha información mediante una adquisición y ulterior venta de un paquete objetivamente importante para un inversor individual, canalizándola a través de una cuenta financiera en Bahamas de un Banco Suizo.

**TERCERO.-** No se considera que se haya vulnerado el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes por cuanto se notificó al recurrente el acuerdo de inicio del expediente sancionador de 26 de mayo de 2005, el pliego de cargos, presentando las alegaciones pertinentes. El hecho de que

por providencia de 12 de agosto de 2005 (folio 453 del expediente administrativo) se denegara la practica de las pruebas testificales que había propuesto en escrito de 27 de julio de 2005 de Don T. G. en su condición de representante legal de PLURIPAR, Don P. V. en su condición de representante legal de FILO y Doña B.C.M. del despacho BUFETE BARRILERO Y ASOCIADOS en su calidad de asesora legal de PLURIPAR no supone que se ha vulnerado su derecho a la defensa por cuanto sólo se podría entender vulnerado si esa denegación de prueba no estuviera motivada y en este caso se establece en dicha providencia que *"lo que se imputa al Don I.L.T. en el presente expediente no es haber asistido al acto formal de la Data Room, ni que con posterioridad a la retirada de PLURIPAR de dicho acto, el resto de los participantes en el mismo le transmitieran información confidencial, sino conocer, cuanto menos desde el 11 de septiembre de 2001, que los titulares del 81,5% del capital de FILO estaban interesados en vender su participación, habiéndose iniciado para ello un proceso formal y organizado (con unas peculiaridades perfectamente definidas) cuya conclusión final sería la formulación de una Oferta Pública de Adquisición, y ello, como consecuencia de haber sido contratada la empresa, de la que Don I.L.T. es Socio Director, como asesor económico y financiero de una de las diversas compañías, inicialmente contactada y posteriormente invitada a participar en el mismo"*

En todo caso, las posibles deficiencias quedaron subsanadas al acordarse el recibimiento a prueba en este procedimiento judicial en el que se admitió toda la prueba testifical propuesta por la actora en el escrito de proposición de prueba si bien la prueba testifical del representante legal de PLURIPAR Don T.G. no pudo llevarse a cabo al no poderse cumplimentar la comisión rogatoria, presentando la parte, escrito el 12 de junio de 2008 renunciando a su práctica.

**CUARTO.-** El artículo 81.1 de LMV considera información privilegiada *"toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación"*. Para determinar si en este caso el recurrente poseía información privilegiada, es necesario concretar cuál era la información que poseía el recurrente y posteriormente determinar si la misma era pública. La información que poseía el recurrente y que consta acreditada a juicio de esta Sala era la siguiente:

1. Conocer desde al menos, el 12 de septiembre de 2001, fecha de la firma del acuerdo de confidencialidad, la existencia de un proceso formal y organizado cuya finalidad era la venta de una participación significativa de FILO, al menos el 81%, que se formalizaría en la formulación de una Oferta Pública de Adquisición. El compromiso de confidencialidad aparpor el ( BUSCAR HOJA) (sic).

2. Conocer como asesor económico y financiero de PLURIPAR que la oferta preliminar formulada por la compañía había sido aceptada, junto con la de otros inversores, motivo por el cual se invitó a dicha empresa a que participara en el acto formal de Data Room que se celebraría entre el 2 y 20 de octubre y que debía culminar con la presentación de una oferta no más tarde del 2 de noviembre de 2001. La oferta preliminar (no vinculante) remitida por PLURIPAR a ALPHA CORPORATE el 12 de septiembre de 2001 establecía un

precio indicativo de 235 millones de euros del 100% de las acciones de FILO con un posible margen del 10%. Esta valoración equivale a un rango entre 2,20-2,41 euros por acción (capital social de FILO: 106.801.448 acciones) es decir entre un 51,72% y un 66,20% por encima del precio del cierre de las acciones de FILO Clase A en la sesión del 12 de septiembre de 2001 (1,45 euros).

3. Conocer que el 9 de octubre de 2001 PLURIPAR abandonó el proceso al no prorrogársele el plazo de presentación de una oferta final hasta diciembre de 2001. Considera esta Sala que no consta acreditado en contra de lo que señala la resolución recurrida que Don I.L.T. conociera la documentación relativa a FILO puesta a disposición de los asistentes al Data Room. El listado de la información facilitada consta en las actuaciones (folios 392 a 404 del expediente) y viene referida a información general: información sobre la compañía, propiedades, contratos, propiedad industrial e intelectual, personal, impuestos, pleitos, información económica y financiera (Plan de Inversiones), Información bursátil y documentación y proyectos de construcción e inversiones. Decimos que no consta acreditado ya que existen contradicciones entre la parte que convocó el Data Room (Alpha Corporate folio 322 del expediente) y los convocados a la misma. Así la testigo Doña B.C.M. del despacho BUFETE BARRILERO Y ASOCIADOS en su calidad de asesora legal de PLURIPAR manifestó en el acta judicial de declaración testifical de 29 de mayo de 2008 que *"la única reunión que se celebró en el Data Room fue el 2 de octubre de 2001 y consistió en una presentación del funcionamiento del Data Room; dicha reunión no fue para acceder a información, sólo para enseñarnos el complejo funcionamiento del propio Data Room. Durante el transcurso de la reunión el Sr. T.G. recibió una llamada de su banco en la que le comunicaron que no le concedían la financiación que necesitaba para la operación. Por tanto, la reunión de presentación del Data Room, se interrumpió y abandonamos la misma. Jamás volvimos a asistir al Data Room y por tanto nunca ni esta declarante ni el resto de los asesores de PLURIPAR recibió información alguna relativa a Filo en dicho Data Room"*. Asimismo manifestó que Don I.L.T. no estuvo presente en esa reunión. En términos similares testificó Don E.S., socio de LGS hasta diciembre de 2007 (que es la sociedad asesora económica y financiera de PLURIPAR en relación a esta operación) tal como consta en el acta judicial de declaración testifical de 27 de mayo de 2008.

Establecida cual era la información que conocía Don I.L.T. procede determinar si la misma era pública o no. Para ello hay que tener en cuenta cual era la información publicada en el momento que realizó la adquisición de las acciones.

-El 27 de julio de 2001 a las 19:27 la CNMV registra el siguiente hecho relevante nº 30528 *"La compañía informa de que un grupo de accionistas titulares de un 81% del capital le han comunicado su intención de analizar diversas alternativas estratégicas en relación con la sociedad entre las que podría contemplarse la eventual entrada de un nuevo inversor/es mediante la adquisición de una participación significativa, eventualmente en el marco de una Oferta Pública de Adquisición de acciones"* (folio 53 del expediente). Se quiere matizar que en la comunicación de hecho relevante realizada por FILO a la CNMV (folio 54) se recoge en el último párrafo un dato no registrado por la CNMV como hecho relevante que se prevé que el proceso *"concluya en el último trimestre del ejercicio en curso"*.

-El 18 de octubre de 2001 a las 8:20 horas la CNMV registra el hecho relevante nº 31592 "La sociedad comunica que los accionistas mayoritarios de FILO mantienen conversaciones con un número reducido de potenciales inversores sin que se haya tomado ninguna decisión al respecto" (folio 55 del expediente).

-Noticias aparecidas en el periódico Expansión de 22 de febrero de 2001, 28 de julio de 2001 y 19 de octubre de 2001 (folio 135 a 137 del expediente administrativo). En la primera de ellas titulada "FILO prevé elevar su beneficio un 30% en 2004" se habla de los planes de inversión y expansión de la empresa, en la segunda se recoge el hecho relevante registrado el día anterior añadiendo que se prevé que el proceso termine en el último ejercicio del trimestre y se indica la composición del accionariado y en la tercera de 19 de octubre de 2001 se recoge el hecho relevante publicado el día anterior.

La información por tanto no publicada era la fecha estimada de finalización del proceso (2 de noviembre de 2001 era la fecha límite para presentar ofertas vinculantes), la aceptación de la oferta preliminar de PLURIPAR por parte de FILO con una valoración de la sociedad que suponía una prima de entre el 51,72% y el 66,20% respecto de la cotización en ese momento de la acción de FILO y que FILO no aceptó prorrogar a PLURIPAR el plazo de presentación de una oferta final hasta diciembre de 2001.

Establecida cual era la información concreta no pública que poseía el recurrente queda por determinar si de "*hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación*". Alega el recurrente que como consecuencia de la publicación de hecho relevante que llevó a cabo BLOOMBERG a las 9 de la mañana del 18 de octubre de 2001 los inversores interesados en la compra de acciones de FILO prácticamente se triplicaron y entre los días que el Don I.L.T. realiza sus operaciones de compra el volumen medio de contratación por día de estos valores se quintuplicaron en relación con lo que venía siendo habitual en esas fechas. De ello deduce el recurrente que el análisis del comportamiento del mercado demuestra que la reacción común de los inversores a las noticias sucesivamente publicadas en relación con la operación de FILO resultó idéntica a la que tuvo nuestro mandante durante los días 18 a 24 de octubre de 2001. Ciertamente es complejo realizar un juicio de previsibilidad sobre el comportamiento del mercado bursátil si hubiera tenido la información adicional conocida por el recurrente pero considera esta Sala haciendo ese juicio de previsibilidad que si se hubiera publicado esos datos dicha información podía haber sido utilizada por un inversor razonable como parte de la base de sus decisiones de inversión ya que no es lo mismo conocer una intención genérica de venta de los accionistas de FILO y que concluiría en el último trimestre del ejercicio en curso como conocer la fecha estimada de finalización y que la oferta de uno de los inversores había sido aceptada inicialmente por la empresa que quería vender su acciones, y como de hecho fue utilizada por el recurrente ya que "dio ordenes de compra a un precio limitado a un máximo de 2 euros por acción, asegurándose así un beneficio mínimo de 0,20 euros por acción adquirida" partiendo de la oferta realizada por PLURIPAR e inicialmente aceptada por FILO que equivalía a un rango entre 2,20-2,41 euros por acción (un 66,20% por encima del precio del cierre de las acciones de FILO Clase A en la sesión del 12 de septiembre de 2001 (1,45 euros).

**QUINTO.-** Con carácter subsidiario considera el recurrente que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad. En este caso se ha impuesto la sanción muy grave en su grado máximo teniendo en cuenta los criterios de graduación de la sanción previstos en el apartado a) y c) del artículo 14.1 de la ley 26/1998 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito *a) la naturaleza y entidad de la infracción y c) las ganancias obtenidas en su caso como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.* En cuanto a la naturaleza de la infracción considera la resolución recurrida que existen circunstancias que suponen un ánimo de ocultación como es el hecho de que las operaciones las realice a través de una cuenta financiera de un Banco Suizo en Bahamas. Dicha cuenta se abre además con la sola finalidad de adquisición de esas acciones, invirtiendo en ella todo el dinero depositado, procediendo a cancelar dicha cuenta antes de la liquidación de la Oferta Pública de Adquisición. En cuanto a las ganancias señala la resolución recurrida que la cuantía del beneficio obtenido en la comisión de la infracción es de 136.511 euros por una inversión de 464.147 euros, lo que supone una rentabilidad 29,41%.

Alega el recurrente que a la hora de cuantificar el volumen de la inversión sólo se pueden tener en cuenta las compras producidas el 18 de octubre (fecha en que adquirió únicamente 10.920 acciones de FILO por un precio total de 19.547 euros) sin que pueda tenerse en cuenta las compras producidas a partir del día 19 de octubre momento en que el mercado se encuentra en igualdad de condiciones inversoras. Esta alegación no puede ser atendida ya que en todas las fechas del mes de octubre en que realizó compras de acciones estaba en posesión de información concreta no pública, no habiéndose hecho público la OPA sobre FILO hasta el 2 de noviembre de 2001. En cuanto a si la cuantía de la inversión es notoria dicho dato junto al hecho de la irrelevante inversión directa en valores hasta la adquisición de acciones de FILO se ha tenido en cuenta para apreciarla relación de causalidad entre la operación realizada en el mercado de valores y la posesión de dicha información, pero no es un criterio para graduar la sanción conforme a lo establecido en el artículo 14.1 de la ley 26/1998 de 29 de julio sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

Tampoco se aprecia falta de culpabilidad ya que si bien es cierto que el acuerdo de confidencialidad firmado por el recurrente el 12 de septiembre de 2001 establecía que *"el compromiso de confidencialidad no será aplicable con respecto a aquellas partes de la información a) que sean o pasen a ser de dominio público"*, en este caso la información que se ha considerado privilegiada no era de dominio público existiendo por otra parte un compromiso de no adquirir acciones de FILO desde la fecha de la firma hasta la conclusión de la operación (punto 1d folio 328 del expediente). Por otra parte la forma tan opaca de instrumentar la operación de compra impiden apreciar la falta de culpabilidad, con independencia de que hubiera también otros medios para ocultar la operación y que se apunta el escrito de demanda (compra mediante sociedades interpuestas y venta mediante testaferro).

**SEXTO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **FALLAMOS**

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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don I.L.T. contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 10 de marzo de 2006 que se declara en los extremos examinados conforme a derecho. No se hace imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 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.