

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 27 DE SEPTIEMBRE DE 2011

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 418/2009

Ponente: Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 21 de octubre de 2008.

Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a veintisiete de septiembre de dos mil once.

Visto el recurso de casación registrado bajo el número 418/2009, interpuesto por el Procurador Don I.M.O., en representación de don I.L.T., con asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 290/2006, seguido contra la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006, que acordó desestimar el recurso interpuesto contra la Orden Ministerial de 10 de marzo de 2006, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que impuso al recurrente las sanciones de multa de 682.555 euros, al considerarle autor de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra o), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo dispuesto en el apartado 2, del artículo 81 del mismo texto legal. Ha sido parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo número 290/2006, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [sic] dictó sentencia de fecha 21 de octubre de 2008, cuyo fallo dice literalmente:

«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.»

SEGUNDO.- Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don I.L.T., recurso de casación que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid [sic] tuvo por preparado mediante providencia de fecha 26 de diciembre de 2008 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Emplazadas las partes, la representación procesal de don I.L.T. recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 23 de febrero de 2009, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguiente SUPLICO:

«Que, habiendo por presentado este escrito junto con sus copias, se digne admitirlos, me tenga por personado y parte en la representación que ostento dentro del plazo y en legal forma tenga por interpuesto Recurso de Casación contra la Sentencia de la Sección Sexta, Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 21 de Octubre de 2008, admitiéndolo y dándole el curso que la ley establezca, dictando en su día Sentencia por la que, con estimación de este Recurso anule, revoque y deje sin efecto la Sentencia recurrida y declare la nulidad de la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 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 impone a don I.L.T. una sanción por importe de SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y CINCO EUROS (682.555,00 €) absolviendo a éste de la imposición de la citada sanción, todo ello, con cuantas consecuencias en derecho proceda o, en su caso y subsidiariamente, acuerde la graduación de la sanción impuesta reduciendo su importe en los términos que se recogen en el cuerpo del presente escrito. En todo caso, con imposición de costas a la parte contraria.».

CUARTO.- La Sala, por providencia de fecha 8 de mayo de 2009, admitió el recurso de casación.

QUINTO.- Por providencia de fecha 1 de junio de 2009, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la parte comparecida como recurrida (la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó el Abogado del Estado en escrito presentado el día 10 de julio de 2009, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

«Que, teniendo por presentado este escrito con sus copias, se sirva admitirlo; tenerle, en la representación que ostenta, por opuesto al presente recurso ordinario de casación; seguir el procedimiento por todos sus trámites; y, en su día, dictar sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte recurrente de conformidad con lo previsto en la LJCA.».

SEXTO.- Por providencia de fecha 27 de mayo de 2011, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 20 de septiembre de 2011, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. JOSÉ MANUEL BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre el objeto del recurso de casación.

El recurso de casación que enjuiciamos tiene por objeto la sentencia dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don I.L.T. contra la resolución del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de 16 de junio de 2006, que acordó desestimar el recurso interpuesto contra la Orden Ministerial de 10 de marzo de 2006, dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que impuso al recurrente la sanción de multa de 682.555 euros, al considerarle autor de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra o), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 81 del referido texto legal.

SEGUNDO.- Sobre la fundamentación de la sentencia recurrida.

En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el objeto de delimitar el thema decidendi, procede transcribir los razonamientos jurídicos de la sentencia recurrida, en el extremo que considera acreditada la comisión de la infracción tipificada en el artículo 99 o) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y proporcionada la sanción impuesta:

«[...] 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 cual 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 (sic) 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. 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 el Sr. L. 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 el Sr L. 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 administrativa). 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 Sr. L. 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 "dió 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).

[...] 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 del 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 apreciar la 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).».

TERCERO.- Sobre el planteamiento del recurso de casación.

El recurso de casación, interpuesto por la representación procesal de don I.L.T., se articula en la formulación de cuatro motivos de casación.

En la exposición del primer motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se imputa a la sentencia recurrida la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, como consecuencia «del inadecuado proceso lógico deductivo, en el que la misma incurre», al considerar acreditado que la información que poseía el recurrente en el momento de adquisición de las acciones de FILO, tenía el carácter de privilegiada y distaba de lo que conocía el mercado, con infracción del artículo 24.1 de la Constitución.

El segundo motivo de casación, también fundado al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, se sustenta en que la sentencia recurrida infringe el artículo 24.1 de la Constitución, al haber incurrido la Sala sentenciadora en incongruencia omisiva, en relación con lo dispuesto en los artículos 33.1 y 67.1 de la Ley jurisdiccional, y el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto que no expresa ningún razonamiento de por qué considera que la información que poseía el recurrente tenía el carácter de información privilegiada.

El tercer motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, por vulneración de los artículos 81, 82 y 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, reprocha a la sentencia recurrida que haya confirmado la sanción impuesta, a pesar de no concurrir los elementos objetivos del tipo para considerar que se ha cometido una infracción muy grave, en aplicación errónea al concepto de información privilegiada.

El cuarto motivo de casación, fundado al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas del ordenamiento jurídico y de la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate, denuncia que la sentencia recurrida ha vulnerado el principio de

proporcionalidad, regulado en el artículo 53.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como el artículo 106 de la Constitución, y el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de Julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

CUARTO.- Sobre el primer y el segundo motivos de casación: la alegación de infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

El primer y el segundo motivos de casación, que, debido a la conexión argumental que apreciamos en su desarrollo, examinamos conjuntamente, no pueden ser acogidos, porque consideramos que la Sala de instancia no ha incurrido en incongruencia omisiva ni en vulneración de la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales, en infracción de las normas reguladoras del contenido de la sentencia establecidas en el artículo 67 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en el artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues constatamos que la sentencia recurrida da una respuesta convincente y pormenorizada, basada en los hechos que considera acreditados, siguiendo criterios deductivos lógicos, de por qué estima que la información que poseía el recurrente don I.L.T., derivada de su condición de Socio Director de la entidad LGS Finance, S.L., que asesoró económica y financieramente a la sociedad portuguesa PLURIPAR, que mostró la intención de adquirir la sociedad FILO, reviste el carácter de información privilegiada, en cuanto que no era conocida por el público ni por los mercados. La Sala de instancia también deduce, sin incurrir en quiebras lógicas, que dicha información fue utilizada por el sancionado en la adquisición de un paquete de 241.228 acciones de FILO, realizada entre los días 18 y 24 de octubre de 2001, de forma opaca, a través de una cuenta financiera abierta en la sucursal de las Bahamas del Banco suizo SYZ, y que, tras su venta y liquidación entre los días 28 y 30 de noviembre de 2001, le permitió obtener unas ganancias de 136.511 euros, lo que supone una rentabilidad del 29,41%.

En efecto, en el fundamento jurídico cuarto de la sentencia recurrida, que hemos reproducido con anterioridad, se expone con extremada precisión, cuál era el contenido de la información de que disponía el recurrente, puesta de relieve por su participación directa en la elaboración de las condiciones de la oferta preliminar formulada por la compañía PLURIPAR para adquirir una participación del 81,55% en la sociedad FILO, que le permitió conocer la valoración de la sociedad y el valor indicativo de venta de las acciones de la referida mercantil, y por ser informado del resultado de la DATA ROOM celebrada el 12 de octubre de 2001, en que se suministró a los asistentes una completa documentación sobre la estrategia empresarial de la compañía, desde la perspectiva de sus proyectos de inversión, y que concluyó con la renuncia a la adquisición por falta de financiación. La sentencia, con adecuado rigor lógico argumental, desde la perspectiva formal, precisa, atendiendo a los hechos relevantes difundidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en relación con la compañía FILO, y valorando las noticias aparecidas en medios de comunicación especializados en economía, cuál era el contenido de la información que conocía el recurrente sancionado, que no estaba a disposición, en el momento analizado, del público, por lo que cabe rechazar que pueda calificarse el proceso deductivo de la Sala de instancia de inadecuado, irracional, caprichoso, absurdo o arbitrario, en vulneración de la obligación de motivación de las resoluciones judiciales, garantizado por el artículo 24 de la Constitución.

En este sentido, resulta adecuado consignar la doctrina del Tribunal Constitucional, formulada respecto del principio de congruencia de las resoluciones judiciales, expuesta en la sentencia

30/2007, de 12 de febrero, que se reitera, sustancialmente, en las sentencias 53/2009, de 23 de febrero, 83/2009, de 25 de marzo y 24/2010, de 27 de abril:

«En particular, respecto de la congruencia de las resoluciones judiciales, y a salvo las singularidades del ámbito penal, desde la STC 20/1982, de 5 de mayo, venimos recordando que la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la Sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida.

Siendo ello así, la incongruencia procesal puede revestir tres modalidades. Existe, en primer lugar, la llamada incongruencia omisiva o ex silentio que tendrá lugar "cuando el órgano judicial deje sin contestar alguna de las pretensiones sometidas a su consideración por las partes siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución" (SSTC 202/1998, de 14 de octubre, FJ 5; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 85/2006, de 27 de marzo, FJ 5). La denominada incongruencia extra petitum se produce, en segundo lugar, cuando el pronunciamiento judicial recae "sobre un tema no incluido en las pretensiones deducidas en el proceso, de tal modo que se haya impedido a las partes la posibilidad de efectuar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses relacionados con lo decidido, provocando su indefensión al defraudar el principio de contradicción" (SSTC 311/1994, de 21 de noviembre, FJ 2; 124/2000, de 16 de mayo, FJ 3; y 116/2006, de 24 de abril, FJ 8). La incongruencia por error acontece, en tercer lugar, cuando se dan al unísono las dos anteriores clases de incongruencia, tratándose, por tanto, de supuestos "en los que, por el error de cualquier género sufrido por el órgano judicial, no se resuelve sobre la pretensión formulada en la demanda o sobre el motivo del recurso, sino que equivocadamente se razona sobre otra pretensión absolutamente ajena al debate procesal planteado, dejando al mismo tiempo aquélla sin respuesta" (SSTC 369/1993, de 13 de diciembre, FJ 4; 213/2000, de 18 de septiembre, FJ 3; y 152/2006, de 22 de mayo, FJ 5).».

Y, asimismo, resulta oportuno referir que, en la sentencia constitucional 204/2009, de 23 de noviembre, se delimitan los presupuestos de vulneración del principio de congruencia, distinguiendo entre lo que son pretensiones y alegaciones de orden sustancial deducidas por las partes, de los argumentos no relevantes planteados, en los siguientes términos:

«Este Tribunal ha tenido ocasión de desarrollar una amplia y consolidada doctrina la cuestión. En lo que ahora interesa la reciente STC 73/2009, de 23 de marzo, resume esta doctrina señalando que «el vicio de incongruencia omisiva existe cuando el órgano judicial deja sin respuesta alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita cuya motivación pueda deducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución, pues la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva no exige una respuesta explícita y pormenorizada a todas y cada una de las alegaciones que se aducen como fundamento de la pretensión, pudiendo ser suficiente a los fines del derecho fundamental invocado, en atención a las circunstancias particulares del caso, una respuesta global o genérica a las alegaciones formuladas por las partes que fundamente la respuesta a la pretensión deducida, aun cuando se omita una respuesta singular a cada una de las alegaciones concretas no sustanciales por todas, STC 218/2003, de 15 de noviembre, FJ 4 b). La exposición de esta conocida doctrina exige reiterar la precisión de que la congruencia exige dar respuesta, no sólo a las pretensiones propiamente dichas, sino también a las alegaciones sustanciales, pues, tal como recordábamos en la STC 85/2006, de 27 de marzo: "el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva no sólo se vulnera cuando la pretensión no recibe respuesta, sino también cuando

el órgano judicial omite toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes. Así lo ha declarado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en los casos Hiro Balani c. España y Ruiz Torija c. España de 9 de diciembre de 1994, y lo han reconocido nuestras SSTC 85/2000, de 27 de marzo; 1/2001, de 15 de enero; 5/2001, de 15 de enero; 148/2003, de 14 de julio, y 8/2004, de 9 de febrero, entre otras (FJ 3). Finalmente, la circunstancia de que la pretendida incongruencia omisiva se considere producida en una Sentencia que resuelve un recurso de apelación, hace necesario recordar que la relevancia constitucional de la omisión de respuesta judicial a una pretensión o alegación fundamental exigirá que la concreta alegación forme parte del debate procesal que imperativamente ha de resolver el órgano judicial, bien porque haya sido expresamente reiterada o planteada ex novo por alguna de las partes en la fase de apelación, bien porque, pese a aquella falta de reiteración de la petición subsidiaria en los sucesivos grados jurisdiccionales, la configuración legal del recurso de que se trate obligue a dar respuesta a todas las cuestiones controvertidas que hayan sido objeto del litigio, lo que implicará entonces, en defecto de una respuesta judicial completa, un vicio de incongruencia STC 218/2003, de 15 de diciembre, FJ 4.b), que recuerda que así ocurría en el supuesto resuelto por nuestra STC 53/1991, de 11 de marzo, en relación con la casación por infracción de Ley».

Cabe, asimismo recordar, que el cumplimiento de los deberes de motivación y de congruencia, conforme es doctrina de esta Sala, formulada en la sentencia de 30 de septiembre de 2009 (RC 1435/2008), se traduce, en síntesis, en una triple exigencia: de un lado, la exteriorización de un razonamiento que, siendo jurídico, por discurrir sobre aquello que en Derecho pueda ser relevante, se perciba como causa de la decisión a la que llega el juzgador; de otro, la extensión de tal razonamiento, explícita o implícitamente, a las cuestiones que, habiendo sido planteadas en el proceso, necesiten ser abordadas por depender de ellas la decisión; y, en fin, una decisión cuyo sentido abarque, inequívocamente, todas las pretensiones deducidas

En suma, en aplicación al caso litigioso examinado de las doctrinas del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo expuestas, concluimos el examen del primer y del segundo motivos de casación confirmando el criterio de que la Sala de instancia no ha incurrido en el vicio procesal de incongruencia omisiva o ex silentio, ni en déficit de motivación, puesto que hemos constatado que en la fundamentación de la sentencia recurrida se responde de forma suficiente a los argumentos jurídicos planteados en el escrito de demanda y de conclusiones, relativo a cuestionar el carácter privilegiado de la información que disponía don I.L.T., sin incurrir en contradicciones internas o deducciones ilógicas o carentes de justificación, de modo que descartamos que se haya producido un desajuste o inadecuación entre la argumentación y el fallo, que sea determinante para apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva que garantiza el artículo 24 de la Constitución.

QUINTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 81, 82 y 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El tercer motivo de casación, fundamentado en la infracción de los artículos 81, 82 y 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, debe ser desestimado, en cuanto que consideramos que la Sala de instancia ha aplicado de forma razonable y no arbitraria el tipo infractor del apartado o, del artículo 99 de la referida Ley reguladora del Mercado de Valores, que tipifica como infracción muy grave «el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81 de esta Ley, respecto a las informaciones privilegiadas», al apreciar, en el supuesto enjuiciado, que la información de que disponía el recurrente don I.L.T., utilizada en relación con la adquisición de acciones de la compañía FILO en el mercado bursátil, reviste el carácter de información

privilegiada, ya que no era de conocimiento del público, y que de ser pública podía influir de modo apreciable en la cotización, lo que implicaba que debía abstenerse de realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre dichos valores.

Resulta adecuado consignar que el tenor del artículo 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en su redacción originaria era el siguiente:

«Quienes dispongan de alguna información privilegiada deberán abstenerse de realizar, directa o indirectamente, cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que la misma se refiera. Igualmente se abstendrán de comunicar dicha información a terceros o de recomendar la adquisición o cesión de los valores citados.»

A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, referente a uno o varios valores, que no haya sido dada a conocer al público y que, de haberse hecho pública, hubiera podido influir de modo relevante en su cotización».

Por Ley 9/1991, de 22 de marzo, el artículo 81 de la Ley 24/1988 fue modificado en los términos que a continuación se expresan:

«1. Todas las personas o entidades que actúen en los mercados de valores o ejerzan actividades relacionadas con ellos y, en general, cualquiera que por razón de su trabajo, profesión, cargo o funciones posea datos o informaciones relativos a los mismos, deberán salvaguardar dichos datos e informaciones, sin perjuicio de su deber de comunicación y colaboración con las autoridades judiciales o administrativas en los términos previstos en ésta o en otras leyes. En particular, impedirán que tales datos o informaciones puedan ser objeto de utilización abusiva o desleal, denunciarán los casos en que ello hubiera tenido lugar y tomarán de inmediato las medidas necesarias para prevenir, evitar y, en su caso, corregir las consecuencias que de ello pudieran derivarse.

2. Todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar, por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las conductas siguientes:

a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a que la información se refiera.

b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en ejercicio normal de su trabajo, profesión, cargo o funciones.

c) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores o que haga que otro los adquiera o ceda, basándose en dicha información.

3. A los efectos de la presente Ley se entiende por información privilegiada toda información de carácter concreto, que se refiera a uno o varios emisores de valores o a uno o varios valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores».

Este precepto sufrió una nueva redacción por virtud de la Ley 37/1998, de 16 de noviembre, al modificarse el apartado segundo, en los siguientes términos:

«2. Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores. Todo el que disponga de alguna información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes: a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación en el mercado sobre los valores a los que la información se refiere. b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo. c) Recomendar a un tercero que adquiera o ceda valores o que haga que otro los adquiera o ceda basándose en dicha información.».

En efecto, la tesis argumental que propugna la defensa letrada del recurrente, de que no cabe sancionar la conducta imputada, en cuanto que la información de la que disponía de ningún modo puede calificarse de «información privilegiada», conforme a lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley del Mercado de Valores, no puede ser compartida. Estimamos que no cabe tachar dicha información de inconcreta o genérica, cuando, como refiere la Comisión del Mercado de Valores, y recoge la sentencia recurrida, el recurrente participó directamente como asesor financiero de PLURIPAR en la elaboración de la oferta preliminar no vinculante de adquisición por dicha compañía portuguesa de la sociedad FILO, en que se detallaban las condiciones económicas de la operación y, consecuentemente, la transmisión de una participación significativa, suscribiendo personalmente el 12 de septiembre de 2001, un compromiso de confidencialidad, en que, entre otras cláusulas, se determinaba la obligación de no transferir, adquirir, contratar o procurar la adquisición de acciones de dicha compañía hasta la conclusión de la operación o durante un plazo máximo de nueve meses desde la fecha de 12 de septiembre de 2001, y el deber de utilizar la información a los únicos efectos de ejecución de la operación.

Cabe, asimismo, descartar que el contenido de la información sobre el valor de la sociedad FILO conocida por el recurrente, a los efectos de su venta, y el valor de las acciones, en los meses de septiembre y octubre de 2001, fuera de general conocimiento del público, porque ello, como valora acertadamente la Sala de instancia, no se desprende de las actuaciones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que el 18 de octubre de 2001 comunica el hecho relevante de que los accionistas mayoritarios de esta compañía mercantil mantienen conversaciones con un reducido número de potenciales inversores, sin que se haya tomado ninguna decisión al respecto, ni de las noticias publicadas en medios de comunicación el 19 de octubre de 2001, con anterioridad al 2 de noviembre de 2001, en que se registra en la Comisión Nacional del Mercado de Valores una comunicación de hecho relevante, informando de la presentación de una OPA sobre el 100% del capital social de FILO por parte de dos entidades filiales de ING GROEP.

SSEXTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción del principio de proporcionalidad.

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la vulneración del principio de proporcionalidad, no puede ser acogido, porque consideramos que la Sala de instancia, al confirmar el importe de la sanción en su grado máximo, ha atendido a los criterios de graduación establecidos en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

En efecto, no consideramos que sea errónea la confirmación por la Sala de instancia de los criterios de graduación de la sanción aplicados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para determinar el importe de la sanción en su grado máximo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 131 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 14.1 a) y c) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, atendiendo a la naturaleza y entidad de la infracción, en relación con la conducta del infractor, que desvela la existencia de intencionalidad en utilizar, de forma fraudulenta e ilegítima, sus conocimientos reservados por su condición de asesor financiero y bursátil de PLURIPAR en beneficio propio, al realizar la operación de adquisición de acciones de forma opaca, defraudando la confianza depositada en él por las sociedades participantes en la enajenación de FILO, y teniendo en cuenta las ganancias obtenidas como consecuencia de los actos constitutivos de la infracción, sin que la falta de reiteración en la comisión de la conducta imputada permita apreciar la infracción del principio de proporcionalidad.

Por ello, rechazamos que la sentencia recurrida haya incurrido en infracción del principio de proporcionalidad, que constituye un límite a la actividad sancionadora de la Administración, al basarse la determinación de la sanción impuesta de 682.555 euros en la ponderación de las circunstancias objetivas concurrentes, atendiendo a los criterios de graduación específicamente establecidos en el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, y respetando, por tanto, los límites legalmente previstos, pues se toma en consideración la concurrencia de la circunstancia de intencionalidad, fundada en la valoración del deseo de ocultar la operación de adquisición de acciones utilizando información privilegiada, y los beneficios obtenidos.

A estos efectos, cabe recordar que para apreciar la vulneración del principio de proporcionalidad, según refiere el Tribunal Constitucional en la sentencia 116/2007, de 21 de mayo, debe verificarse la concurrencia constitucional de la motivación, exigible para justificar la concreción de la sanción aplicada, atendiendo las circunstancias concurrentes en el caso para efectuar la individualización de la sanción y teniendo en cuenta si resulta acorde con la gravedad de la infracción cometida.

En la sentencia de esta Sala jurisdiccional del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2004 (RC 7600/2000), dijimos:

«Pues, en efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente aplicativa ha servido en la jurisprudencia como un importante mecanismo de control por parte de los Tribunales del ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, cuando la norma establece para una infracción varias sanciones posibles o señala un margen cuantitativo para la fijación de la sanción pecuniaria; y, así, se viene insistiendo en que el mencionado principio de proporcionalidad o de la individualización de la sanción para adaptarla a la gravedad del hecho, hacen de la determinación de la sanción una actividad reglada y, desde luego, resulta posible en sede jurisdiccional no sólo la confirmación o eliminación de la sanción impuesta sino su modificación o reducción.»

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los cuatro motivos de casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don I.L.T. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 290/2006.

SÉPTIMO.- Sobre las costas procesales.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

FALLAMOS

PRIMERO.- Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don I.L.T. contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 21 de octubre de 2008, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 290/2006.

SEGUNDO.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.