

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE ABRIL DE 2002

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 744/99

Ponente: D. José Mª del Riego Valledor

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 4 de noviembre de 1998, confirmada en vía administrativa por Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 1 de julio de 1999

Fallo: Estimatorio

Madrid, a 19 de Abril de dos mil dos.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 744/99, se tramita, a instancia de Don J.E.P., representado por el Procurador Don F.A.P., contra resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de Julio de 1999, sobre procedimiento sancionador a los sujetos que actúan en los mercados financieros, y en el que Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 2.000.000 de pesetas (12.020,24 €).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante de fecha 4 de Agosto de 1999, y la Sala, por providencia de fecha 27 de Septiembre de 1999, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamando y recibiendo el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formulo, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la presentación de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en autos, y evacuado el trámite de conclusiones los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó el día 15 de Abril de 2002.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Visto, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 1 de Julio de 1999, que había desestimado el recurso interpuesto por el hoy demandante contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 4 de Noviembre de 1998, que había decidido lo siguiente:

“Imponer a D. J.E.P., por la comisión de una infracción grave tipificada en el apartado r) del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 1 del mismo texto legal una sanción consistente en amonestación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado y una multa de 2.000.000 de pesetas.”

SEGUNDO.- La parte alega en su demanda que no dispuso de información privilegiada, sino que las OPAS de E.S.A. sobre S.E.S.A. y F.S.A. eran un tema público y notorio, que además tuvo incidencia tanto en la cotización como en el volumen de negociación de las acciones de las empresas afectadas, que no existen coincidencia entre el conocimiento que tuvo el demandante de dichas OPAS y la adquisición por sus hijos, y que la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) y el Ministerio demandado no han apreciado correctamente las pruebas practicadas y han infringido los principios básicos del derecho sancionador.

El Abogado del Estado contesta que en el expediente administrativo está acreditado que el recurrente disponía de información privilegiada sobre la comentada OPA desde la tarde del día 15 de Octubre de 1996, y que la prueba de presunciones permite llegar a la conclusión de que tal información fue comunicada a sus hijos Don A. y Don A., quienes los días 16 y 17 de Octubre adquirieron acciones de F.S.A. y S.E.S.A., en forma urgente y simultánea, por unos importes considerablemente más elevados a los que habitualmente invirtiendo en Bolsa. Añade que las copias de artículos de prensa aportados no ponen de relieve que la información acerca de las OPAS fuera pública y notoria, sino que tales noticias sólo reflejan la existencia de diversos rumores acerca de esa posibilidad.

TERCERO.- En esta sentencia trataremos únicamente de la conducta del demandante, Sr. E.P., para determinar si la misma es merecedora de las sanciones que impone la resolución recurrida. Hacemos esta delimitación, para separar de este procedimiento todo lo relativo a las conductas de los hijos del demandante, Don A. y Don A.E.A., que también fueron sancionadas por la CNMV, pero en distinta resolución, cuya impugnación ha sido estudiada por la Sala en otro recurso, deliberando y votado hace escasos días.

Del examen del expediente resultan dos hechos indubitados, que son admitidos además por el recurrente:

a) El demandante era Presidente de la empresa F., S.A., en Octubre de 1996, y en esa condición tenía información anticipada sobre la OPA que E.S.A. lanzó sobre F. S.A. para situar su participación en el 75% de su capital social, comunicada a la CNMV el día 18 de Octubre de 1996.

b) Los hijos del demandante, Don A. y Don A.E.A., que convivían con él en su domicilio de Barcelona, adquirieron acciones de F. SA y S.E.S.A.

- Don A. adquirió, a las 10:29 horas del día 16 de Octubre de 1996, un total de 350 acciones de F SA, y tras la OPA del día 18 de ese mes, la operación le reportó un beneficio de 27.085 pesetas.

- Don A.E.A. adquirió el día 17 de Octubre de 1986 un total de 2.125 acciones de S.E.S.A., y tras OPA y venta posterior de esas acciones, obtuvo un beneficio de 238.518 pesetas.

Al lado de estos hechos indubitados, lo que las partes discuten en el presente recurso es si esa compra de acciones fue consecuencia de la comunicación por el demandante a sus hijos de la noticia que poseía de la inminente realización por E. SA de la OPA sobre F. SA y S.E.S.A., o al menos, de la infracción de los deberes de salvaguardar esa información, que la Ley del Mercado de Valores (LMV) impone a las personas que actúen en los mercados de valores y que por razón de su trabajo o cargo posean datos o informaciones relativas a los mismos. Esta es la cuestión central del presente proceso, porque esa comunicación o infracción de deberes de salvaguardar la información es la conducta que se sanciona por la CNMV, de suerte que si no se llegara a tener por acreditada tal conducta o infracción de deberes de salvaguarda la información, la sanción deberá declararse no conforme a derecho.

CUARTO.- Sobre tal dubitada cuestión hay que poner en primer término de relieve algunas consideraciones de la resolución sancionadora de la CNMV, relativas a la conducta que sanciona.

Dice la resolución de la CNMV, de fecha 4 de Noviembre de 1998, en su fundamento de derecho séptimo, que:

- *" Por lo que respecta a Don J.E.P. habiendo quedado acreditado que fue la fuente de información de sus hijos, no resulta como única explicación lógica de los hechos que aquél les comunicara tal información o les recomendara la compra de los valores. Por el contrario, cabe como alternativa posible que los hijos accedieran a dicha información de forma casual, si que mediara una conducta positiva de su parte."*

- *... no resulta acreditado que el Sr. E.P. observara una conducta activa dirigida a hacer partícipes a sus hijos del contenido de la información en su poder. Por el contrario, resulta admisible como alternativa a la producción de los hechos que los hijos del Sr. E. accedieran a tal información por si mismos, sin mediar comunicación o recomendación por parte de aquel..."*

Por tanto, es la propia resolución sancionadora la que tiene por probado que el demandante no comunicó a sus hijos ninguna información o dato sobre la OPA de E. SA sobre F. S.A. y S.E.S.A., ni tampoco recomendó a sus hijos las compras de acciones de las dos últimas empresas.

No obstante, es cierto que el artículo 81.1 LMV impone un deber de salvaguardar los datos o informaciones que, por razón de su trabajo o cargo, posean las personas que actúen en los mercados de valores. Debemos examinar, por tanto, si el demandante infringió tal deber.

QUINTO.- Lo que se sanciona, en definitiva, no es una conducta positiva de comunicación de datos o de recomendación de compra de acciones, que le recurrente no desarrolló, como admite la resolución de la CNMV, sino la omisión por el recurrente

del deber de extremar su diligencia para impedir que la información que poseía y a la que, se ignora por qué medios, accedieron sus hijos, se utilizara por estos.

Se desconoce la resolución impugnada, la vía por la que los hijos del demandante accedieron a la información privilegiada que esta poseía. Y este dato es de importancia, pues es preciso que esa vía de acceso sea consecuencia de una conducta negligente o descuidada del recurrente, ya que el derecho administrativo sancionador no exista responsabilidad objetiva, es decir, no cabe sancionar una infracción sino cuando media dolo o negligencia por parte del sujeto sancionado.

SEXTO.- Existe, además, otra cuestión que pone en duda incluso la misma posesión por el demandante de información privilegiada, con carácter determinante en la compra de acciones por sus hijos. La resolución de la CNMV tiene por probado que la noticia de la OPA fue conocida por el demandante el día 15 de Octubre de 1996, por la tarde, mientras que la Resolución del Ministro de Economía que se impugna en el presente recurso, no obstante confirmar la resolución de la CNMV, no está de acuerdo en el dato anterior, y considera que el demandante tuvo conocimiento de la OPA el 16 de Octubre de 1996, a las 11:30 horas. En efecto, en el Fundamento de Derecho tercero de esta última resolución se alude al testimonio del Secretario de Estado de Energía, que manifiesta que " ... el día 16 Octubre, sobre las 11h.30, recibí al Presidente de F.S.A., Don J.E.P., y le comuniqué la decisión de que E.S.A. efectuaría una OPA sobre F.S.A.". Continúa la resolución del Ministro de Economía y Hacienda, impugnada en este recurso, diciendo que "... dada la relevancia política de quien hizo testimonio, es evidente que la resolución recurrida –la de la CNMV- debió tenerlo en cuenta a la hora de decidir y probar el hecho del momento y día en que el expedientado conoció la operación", y añade finalmente que "... la Resolución recurrida –la de la CNMV- se apoya preferentemente para señalar el día 15 de Octubre como fecha del conocimiento que el expedientado tiene la OPA sobre F.S.A. en la declaración del Vicepresidente General y del Consejo de Administración de F.S.A., de la que no se deduce dicho conocimiento, e ignora el importante testimonio de una de las mas máximas autoridades en materia de energía, que claramente fija el día 16 de Octubre como día de la comunicación."

No cabe ahora modificar "in peius" los hechos que la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda considera probados. Y son decisivos para resolución del presente recurso, porque si el demandante tuvo conocimiento de la OPA sobre F.S.A. a las 11h.30 del día 16 de Octubre, es imposible que hubiera infringido ningún deber de reserva de tal información, ya que la compra que efectuó uno de sus hijos, Don A., se hizo efectiva con anterioridad a ese conocimiento, a las 10:29 horas del día 16 de Octubre.

SÉPTIMO.- Todo lo anterior lleva a la Sala a la conclusión de que no puede tenerse por acreditado que la compra de F.S.A. y S.E.S.A. por los hijos del demandante haya sido consecuencia de una infracción de los deberes de éste, de reserva sobre la información que poseía, en la que haya intervenido culpa o negligencia de su parte, lo que conduce a la estimación de su recurso y anulación de la resolución impugnada.

OCTAVO.- 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:

ESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don J.E.P. contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 1 de Julio de 1999, que se anula por no ser conforme a derecho.

Sin expresa 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.