

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE ABRIL DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 44/04
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 25 de febrero de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 6 de abril de dos mil seis.

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 44/2004, se tramita, a instancia de "G., S.A." representada por el Procurador Don J.A.A., contra la desestimación presunta por el Ministro de Economía y Hacienda del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 25 de febrero de 2003, sobre infracción de la Ley de Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 60.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por la representación procesal indicada, contra la resolución de referencia, mediante escrito de fecha 2 de febrero de 2004, y la Sala, por providencia de fecha 4 de marzo de 2004, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido 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 formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 28 de marzo de 2006.

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

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Don José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta por el Ministerio de Economía y Hacienda del recurso de alzada interpuesto por la sociedad hoy actora contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del

Mercado de Valores (CNMV), de 25 de febrero de 2003, de imposición de sanción, cuya parte dispositiva dice lo siguiente:

Imponer a "G., S.A.", por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra w) del artículo 100 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber llevado a cabo, durante el período comprendido entre los días 9 y 23 de octubre de 2001, prácticas dirigidas a falsear la libre formación del precio de sus acciones en el mercado de valores, multa por importe de 60.000 euros (SESENTA MIL EUROS) y amonestación pública con publicación en el BOE.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) nulidad de pleno derecho de la Resolución de la CNMV por infracción del artículo 62.1 a) LRJPAC, al vulnerar: a) la presunción de inocencia, b) el principio de tipicidad y c) el derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones, 2) anulabilidad de la Resolución recurrida por vulneración de los artículos 63.2 y 35. e) LRJPAC, al vulnerarse el derecho a formular alegaciones, 3) anulabilidad de la Resolución recurrida por vulneración del artículo 63.1 en relación con el artículo 130 LRJPAC, al no resultar la sociedad actora responsable de los hechos, y 4) anulabilidad de la Resolución recurrida por vulneración del artículo 63.1 en relación con el artículo 131 LRJPAC, por infracción del principio de proporcionalidad entre la sanción impuesta y las circunstancias concurrentes en el caso.

El Abogado del Estado contesta que los hechos determinantes de la imposición de la sanción han quedado plenamente acreditados, al resultar probado que la sociedad actora procedió en el período entre el 9 y el 23 de octubre de 2001 a realizar operaciones con acciones propias, dirigidas a falsear la libre formación del precio de la acción en el mercado libre. Añade el Abogado del Estado que no existe infracción del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones, porque el RD 629/1993 establece la obligación por parte de las empresas de servicios de inversión de facilitar a la CNMV la información que estime necesaria, entre la que se encuentra las órdenes recibidas de terceros relativas a su actividad de intermediación.

TERCERO.- Son hechos que la Sala considera probados, a la vista de la documentación reunida en el expediente administrativo, que "G., S.A." ("G."), que había venido comprando un volumen no significativo de acciones propias durante 2001, incrementó de manera significativa dicha compra a partir de 9 de octubre de ese año. Así, "G." compró 237.761 acciones propias (0,70% del capital social) entre el 1 de enero y el 8 de octubre de 2001, mientras que las adquiridas entre el 9 y el 31 de octubre del mismo año fueron 645.552 acciones (1,91% del capital social). En las 10 sesiones bursátiles entre los días 9 y 23 de octubre de 2003, "G.":

a) "G." interviene adquiriendo acciones propias en 9 sesiones (de las 10 sesiones existentes en dicho período).

b) El contacto para la compra de acciones se produce a lo largo de toda la sesión, sin que "G." emita una orden genérica de compra al inicio de la sesión, sino que emite ordenes compradoras en función de las posiciones vendedoras preexistentes.

c) Las compras se efectúan con la intención de alcanzar o mantener un determinado precio, principalmente al cierre de las sesiones, para lo cual se barren todas las órdenes de venta preexistentes.

d) "G." da órdenes de compra fijando precios al alza, superiores a los existentes. Realizadas las compras de autocartera, si el mercado acepta el precio, la sociedad no realiza más operaciones, pero si no es así, vuelve a comprar más acciones propias para elevar el precio.

e) Los volúmenes de compra de autocartera son muy elevados, así de las 10 sesiones examinadas, entre 09/10/2001 y 23/10/2001, en 7 sesiones "G." adquirió más del 50% de las acciones objeto de venta (sesiones de los días 11, 15, 16, 17, 18, 19 y 23 de octubre de 2001), y aún en 5 de dichas sesiones adquirió más del 75% de las acciones (días 15, 16, 18, 19 y 23), y en una sesión (día 15 de octubre) llegó a comprar el 100% de las acciones vendidas.

f) Las acciones de "G." experimentaron un incremento en su cotización, en el período considerado de 9 a 23 de octubre de 2001, del 21%, pasando de 1,19 euros a 1,44 euros por acción, mientras que en el mismo período el incremento de otros índices fue notablemente inferior, prácticamente la mitad, así el IGBM se incrementó un 9,2% y el IBEX un 10,6%, de acuerdo con datos proporcionados por la propia actora en Informe que obra en expediente (folios 453 a 527, y en especial folio 458).

g) Las órdenes de compra se daban por el Director Financiero de "G.", Don P.N., a los intermediarios financieros, por conducto telefónico. En ocasiones se efectuaron órdenes de compra a precios superiores a los existentes en el mercado, (días 11/10/2001 y 16/10/2001), expresando el propósito de alcanzar determinado precio, y de mantenerlo (1,21 euros el día 11/10/2001 y 1,24 euros el día 16/10/2001).

CUARTO.- La Sala no comparte la existencia de las causas de nulidad de pleno derecho que alega la parte actora.

Esta Sala ha tenido la oportunidad de recordar recientemente, en sentencia de 17 de marzo de 2006 (recurso 601/2004), la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia, y, muy particularmente, en relación con el deber de expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal o administrativa (SSTC 33 y 126/2000 de 14 de febrero y 16 de mayo), doctrina, en definitiva, construida sobre la base de que el imputado sólo puede ser declarado culpable de una infracción si su primitiva condición de inocente es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas, pruebas de cargo que desvirtúen toda duda razonable a cerca de la culpabilidad.

Igualmente es reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en relación con que el artículo 24.2 de la Constitución no se opone a que la convicción del Tribunal se forme a través de la denominada prueba indiciaria (STC 124/2001, de 4 de junio), de especial relevancia en operaciones como las que ahora se analizan, una vez que han quedado

acreditados plenamente unos hechos base, como los que se contienen en la resolución impugnada, apareciendo el razonamiento que en la misma se contiene (en definitiva el engarce entre el hecho acreditado y el hecho presumido) de manera plenamente coherente, lógica y racional, tal y como acontece con la resolución administrativa impugnada, que a la vista de la claridad y contundencia de los hechos declarados probados, imputa a la actora una ilícita operativa de manipulación de su autocartera durante los días 9 a 23 de octubre de 2001, que afectó a la libre formación del precio del valor en el mercado, formándose aquél, en definitiva, fuera del libre juego de la oferta y la demanda que es lo que configura el tipo infractor.

En el presente caso, la Sala considera que el material probatorio reunido en el expediente sancionador, que soporta los hechos que se han considerado acreditados, es suficiente para enervar la presunción de inocencia invocada por la recurrente. En particular, sobre este punto, la Sala no acepta los hechos que cita el demandante como acreditados (página 5 de su escrito de demanda), pues no es cierto que las compras efectuadas por "G." de acciones propias en el período de 9 a 23 de octubre de 2001 fueran "francamente irrisorias" como las califica el demandante, sino que fueron de una gran trascendencia y relevancia, en relación con el volumen total de acciones de "G." negociadas, y así, ya se ha dicho que en 7 de las 10 sesiones consideradas por la CNMV en su Resolución sancionadora, "G." adquirió más del 50% de las acciones vendidas, en 5 de dichas sesiones "G." adquirió el 75% de las acciones, y en una ocasión llegó a adquirir el 100% de las acciones. Tampoco es cierto, como afirma el demandante, que la alteración en el precio de la acción de "G." fuera "menor" que la del índice general de la Bolsa de Madrid, pues entre las fechas 9 a 23 de octubre de 2001 la acción de "G." se incrementó un 21%, frente al 9,2% de incremento en el IGBM, como resulta del Informe de la demandante unido al expediente y antes citado.

QUINTO.- Sostiene el demandante que se ha producido una vulneración del principio de tipicidad, porque hasta la entrada de la ley 24/2002 no existía ninguna norma de carácter legal o reglamentario que especificase o aclarase qué se consideran prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios.

La Ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (LMV), tras la reforma efectuada por los apartados 11 y 13 del artículo 7 de la ley 37/1998, de 16 de noviembre, indica en sus artículos 99, letra i) y 100, letra w), que son faltas muy graves y graves,

El artículo 99. i) LMV considera falta muy grave: El desarrollo del prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el Mercado de Valores cuando produzcan una alteración significativa de la cotización y generen daños considerables a los inversores.

El artículo 100. w) LMV considera falta grave: el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el Mercado de Valores cuando no tenga la consideración de infracción muy grave.

La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2003 (RJ 2003/4513), se refiere a la infracción de falseamiento de la libre formación de precios, en la que no aprecia defecto alguno de tipificación, indicando que el bien jurídico es el mecanismo o proceso de

formación libre de los precios en el mercado, tratando de asegurar la transparencia y la igualdad de oportunidades entre los distintos inversores, cuya conculcación es potencialmente lesiva de los intereses de éstos así como del sistema financiero en general. La acción infractora consiste en desarrollar prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores, con independencia de que tal resultado se alcance, si bien es exigible que el instrumento utilizado al efecto sea apto para alcanzar la finalidad, pudiendo consistir la práctica en la compra de acciones, como ocurre en este caso, siendo entonces dicha compra el instrumento utilizado para la realización de la acción típica, que consiste, como se dijo, en tratar de alterar la libre formación de los precios de los valores.

Las acciones encaminadas a falsear la libre formación de precios estaban, por tanto, tipificadas con suficiente grado de certeza como infracciones en los artículos 99. i) y 100 w) de la ley 24/1988, con anterioridad a la reforma efectuada por el artículo 39.1 de la ley 44/2002, de 22 de noviembre, que estableció una relación no exhaustiva de algunas prácticas concretas contrarias a la libre formación de los precios.

SEXTO.- No existe en el presente caso la vulneración del derecho a la inviolabilidad de las telecomunicaciones que se alega en la demanda. El artículo 18.3 CE garantiza que entre remitentes y destinatarios de cualquier comunicación, especialmente de las postales, telegráficas o telefónicas, no se interponga o interfiera un tercero que viole así la intimidad y el secreto propios de toda relación interpersonal. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en sentencia 114/1984, afirma que la norma constitucional se dirige inequívocamente a garantizar la impenetrabilidad de la comunicación por terceros ajenos a la misma. Ninguna injerencia o intervención de terceros ha ocurrido en el presente caso, en el que la grabación telefónica se realiza por uno de los interlocutores en la conversación, por el intermediario financiero, que recibe la orden de compra de "G."

Tampoco cabe sostener una vulneración de la intimidad de la conversación, protegida por el artículo 18.3 CE, porque la grabación no lo fue de nada que pudiera estimarse inserto en dicho ámbito (STC 114/1984 citada), y por la consideración de que el propio ordenante de las compras conocía, por razón de su cargo de Director Financiero y de la frecuencia casi diaria con la que repetía la operación, que las empresas de servicios de inversión a través de las que adquiría acciones estaban obligadas por la Circular de la CNMV 3/1993, de 29 de noviembre (RCL 1994\203), y en aras de la protección de los inversores, a mantener un archivo de justificantes de las órdenes recibidas, incluyendo dicho archivo las cintas de grabación, cuando las órdenes se diesen por teléfono.

SÉPTIMO.- Argumenta la parte actora que la Resolución impugnada es anulable por indefensión, ya que es una reproducción literal de la propuesta de Resolución de 16 de diciembre de 2002, que no contesta, ni realiza mención alguna de las alegaciones efectuadas por la parte actora.

No es cierto que la Resolución de la CNMV de 25 de febrero de 2003 no realice "*mención alguna*" al escrito de alegaciones de la parte actora a la Propuesta de Resolución, pues su Antecedente Decimocuarto se refiere expresamente a dicho escrito de alegaciones, indicando que "*...Con fecha 20 de enero de 2003 tuvo entrada en la CNMV escrito de*

alegaciones a la propuesta de Resolución suscrito por legal representante de "G., S.A.", que obra incorporado al procedimiento y ha sido considerado en la presente Resolución, solicitando el archivo de las actuaciones por inexistencia de infracción en su conducta o, con carácter subsidiario, se resuelva con la existencia de una infracción leve, o con la imposición de una sanción económica en su grado mínimo..."

Las tres cuestiones que plantea el recurrente en sus alegaciones –inexistencia de infracción, calificación de la infracción como leve e imposición de la sanción económica en grado mínimo- están tratadas en la Resolución impugnada.

OCTAVO.- Expone la demanda que, en todo caso, la infracción sería imputable a la actuación del Director Financiero, pero no a la sociedad actora.

Como señala el Tribunal Supremo, en sentencia de 10 de marzo de 2003 (RJ 2003\3426), las sociedades responden administrativamente, por las conductas ilícitas realizadas por sus administradores o agentes, de cuya actuación se constituyen en garantes frente a terceros, también en el plano sancionador y bastará para ello la tolerancia o la pasividad frente a la ejecución de las conductas infractoras que se lleven a cabo en el ámbito societario. Ni siquiera admite la citada sentencia del Tribunal Supremo que exima de responsabilidad a la persona jurídica el eventual desconocimiento de dichas conductas por el Consejo de Administración, cuando los hechos ilícitos se ejecuten por los propios administradores, fácilmente puedan ser conocidos y constituyan una parte importante de la propia actividad de la empresa.

Tenemos igualmente presente que es doctrina jurisprudencial, recogida en sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003 (RJ 2003\2621), que precisa que la infracción de que tratamos admite su comisión mediando cualesquiera de las clases de dolo conocidas en la dogmática penal, incluyendo el dolo eventual, en el que, siendo otra la finalidad última perseguida, el autor se representa como cierta la producción del resultado prohibido por la norma y lo acepta, y la culpa consciente, en la que el autor, por la idoneidad objetiva de las prácticas para producir aquel resultado, es consciente de la probabilidad de su producción y no renuncia, pese a ello, a su realización, en la esperanza de que el resultado no llegue a producirse.

Aplicando los anteriores criterios jurisprudenciales al presente caso, debemos rechazar también los argumentos del recurrente de exoneración de responsabilidad, porque una vez establecido como punto de partida que existieron unas prácticas del Director Financiero encaminadas a alterar la libre formación del precio de la acción, no puede dudarse de la presencia del elemento subjetivo de culpa en la conducta de la sociedad actora, que consistió en una falta de atención y de cuidado, al omitir cualquier actuación de supervisión sobre la adquisición de acciones que estaba llevando a efecto el Director Financiero de la sociedad, a pesar de que ni la súbita subida del precio de la acción, ni el volumen de las compras de acciones propias podía pasar desapercibido a los órganos rectores de la sociedad.

NOVENO.- La Sala considera que la Resolución impugnada es respetuosa del principio de proporcionalidad.

La Resolución impugnada impuso a "G.", por la comisión de la infracción grave del artículo 100. w) LMV a que nos hemos referido, las sanciones de multa de 60.000 euros y amonestación pública con publicación en el BOE.

El artículo 103, letra b) LMV fija como límite de las multas correspondientes a las infracciones graves el del tanto del beneficio bruto obtenido como consecuencia de la infracción, pero como en este caso no resulta aplicable tal criterio, por no constar beneficio alguno, debe acudir al límite del 2% de los recursos propios de la entidad infractora. En el ejercicio de 2001 los recursos propios de "G." ascendieron a 200.393.000 euros, luego el límite máximo de la sanción era de 4 millones de euros.

Así las cosas, la sanción impuesta de 60.000 euros se encuentran en el grado mínimo, como corresponde a las circunstancias atenuantes que la Resolución sancionadora pondera, sin que exista quiebra del principio de proporcionalidad.

Sobre el precedente que cita la demanda, en el que a una empresa le fueron impuestas unas sanciones inferiores (una multa de 3.000.000 de pesetas por una infracción muy grave), debe decirse que no se trata de una referencia apropiada, ni por las infracciones, distintas a la examinada en este caso, ni por la época en que ocurrieron los hechos (1993 y 1994 en el caso citado como referencia y 2001 en nuestro caso). Pero además, y de forma especial, la comparación entre la cuantía de las sanciones no es admisible, porque como hemos visto, el límite máximo sancionador se fija por la ley en relación con el volumen de recursos propios de la sociedad infractora, lo que hace perfectamente legítimas dos sanciones de multa de muy diferente cuantía, por infracciones idénticas, si se trata de empresas cuyo recursos propios sean también distintos.

DÉCIMO.- 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 "G., S.A.", contra las Resoluciones que se han citado en el encabezamiento de esta sentencia.

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.