

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE SEPTIEMBRE DE
2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 730/03
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de octubre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 13 de Septiembre 2006.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 730/2003 seguido a instancia de Don F.J.J.L.A., representado por la Procuradora de los Tribunales D^a M.S.J.M., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en 18.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada en necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1) Por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó la Orden de fecha 17 de octubre de 2003, en virtud de la cual se imponía al recurrente la sanción de multa de 18.000 euros, como autor de una falta muy grave prevista en el artículo 99, p) de la Ley 24/1988 de 24 de julio (LMV), en relación con el artículo 53 del mismo texto, consistente en omitir la preceptiva comunicación a la CNMV de las adquisiciones y enajenaciones de acciones de la sociedad ENACO, S.A. de la que era miembro de su Consejo de Administración realizadas directamente a través de la entidad "T.I.A., SL".

2) En la referida resolución se declara probado, entre otras cosas, lo siguiente:

a) El recurrente era miembro del Consejo de Administración de ENACO S.A. en las fechas 4 de marzo a 10 de abril de 2002, período en el que se realizaron las operaciones que dan lugar a la imposición de la sanción.

b) "T.I.A., S.L." es una sociedad familiar participada en un 35% del capital social por el recurrente, siendo el resto del capital de su esposa e hijos, que entre otras actividades realiza operaciones de compraventa de acciones en el mercado de valores.

c) Según información del Servicio de Compensación y Liquidación de Valores, entre el 4 de marzo y 2 de abril de 2002, "T.I.A., S.L." compró 11.000 títulos de Enaco (63.000 euros) y vendió 7.500 (56.855 euros). Según informó el recurrente el 10 de abril de 2002 la sociedad "T.I.A., S.L." vendió 35000 acciones al precio de 7,59 euros por acción, y un importe líquido total de 26.462,69 euros.

d) El 12 de marzo de 2002 Caprabo S.A. presentó en la CNMV una OPA sobre el 100% de los valores de Enaco, sin que el recurrente comunicara a la CNMV las inversiones realizadas en Enaco. Después del 12 de marzo, cuando se hizo pública la OPA y Enaco manifestó su carácter hostil y que el precio era bajo, realizó una compra adicional de 5.000 acciones.

SEGUNDO.- Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo frente a la anterior resolución, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones: Falta de motivación y arbitrariedad de la resolución en orden a motivar la graduación de la sanción impuesta:

1) Destaca que en el seno del expediente sancionador que le fue abierto, los instructores propusieron el 30 de enero de 2003, la imposición de una multa de 9.000 euros, frente a lo que el Comité Consultivo de la CNMV manifestó la conveniencia de aumentar el importe de la sanción. La propuesta de sanción se apoyó en las siguientes consideraciones: 1) la gravedad de la conducta ya que en el curso de una OPA hostil, un Consejero adquiere acciones con posible empleo de información privilegiada, 2) el bajo número de acciones adquiridas.

2) El Consejo de la CNMV reformó, sin motivación alguna, la propuesta de sanción el 9 de abril siguiente, elevándola a 18.000 euros, criterio que finalmente fue aceptado por el Ministro mediante Orden objeto de recurso, sin hacer mención a los argumentos empleados por el recurrente y justificándola de la siguiente forma: 1) Invoca el art. 14 b) de la LMV, la gravedad del peligro causado, y la especial posición y deberes de transparencia del Consejero de una sociedad en el curso de una OPA, 2) Estas circunstancias aconsejan la imposición de una sanción en grado mínimo pero de mayor relevancia económica.

3) Subraya que la fundamentación es la misma en ambos casos, invirtiendo el orden de la exposición, sin ofrecer motivación adicional el órgano sancionador.

4) Interferencia del Consejo de la CNMV en la labor instructora al reformular su propuesta sin realizar una motivación expresa. Invoca el principio de proporcionalidad, y subraya el amplio margen que el art. 102 de la LMV otorga al órgano sancionador. Destaca que de los criterios de modulación de responsabilidad citados en el art. 131 de la Ley 30/1992, solo se emplearon dos (entidad de la infracción y gravedad del peligro ocasionado). Respecto, del primero, basado en una presunción, señala que la OPA fue presentada el 12 de marzo de 2002, fecha en la que el recurrente tuvo noticia de la misma, por lo que las únicas operaciones anteriores son las del día 4, que afectaron a la mitad de los títulos. En relación con la presunción, solo hay una sospecha del uso de información privilegiada, lo que en ningún caso puede considerarse circunstancia agravante ya que constituye, en su caso, una infracción autónoma. Respecto del segundo criterio de graduación, debe ser considerado una atenuante dada su escasa significación económica. Estima además, que son de aplicación otras atenuantes, como la del art. 14, e) LMV por no derivarse consecuencia desfavorable para el sistema financiero, y la de la letra f), por haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa, y también k) por falta de reincidencia.

5) Precedentes: Invoca la SRTS de 11 de abril de 2003 por la que se redujo la sanción a un Consejero del Banco de España por uso de información privilegiada a 1.578.320 ptas.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida. Para sostener esta pretensión se alegó que el art. 102 LMV permitía a la Administración imponer además de forma acumulada la sanción de inhabilitación, y no lo hizo y dentro de la multa la redujo al grado mínimo dentro de un máximo de 300.000 euros. El cambio de criterio de la administración no supone una valoración sustancial de los términos del expediente, estando además motivado, ya que valora especialmente que se produjera la conducta en el entorno de una OPA sin que el precedente aportado sirva de comparación habida cuenta las diferentes circunstancias de uno y otro caso.

CUARTO.- Ninguna de las partes solicitó el recibimiento del procedimiento a prueba, acordándose en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

QUINTO.- Señalado el día 12 de septiembre de 2006 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de las sanciones impuestas a una persona física como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución. Las alegaciones sobre las que se vertebra la defensa se construyen entorno a una idea esencial: la violación por la O.M. impugnada del principio de proporcionalidad, básico en el procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal, con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento.

SEGUNDO.- No discute la recurrente ni la certeza de los hechos que dieron lugar a la imposición de la sanción, ni tampoco la legitimidad de la decisión del Consejo de la CNMV de solicitar, y los órganos de dirección de acordar, la elevación de la sanción propuesta por los instructores. La cuestión, pues se centra en la falta de motivación de esa decisión, con la consiguiente infracción del principio de proporcionalidad.

En primer lugar debe subrayarse, de acuerdo con el planteamiento del Abogado del Estado, que la sanción de 18.000 euros se impone realmente en su grado mínimo y de forma muy alejada del máximo de este tope mínimo, que hay que fijarlo en 100.000 euros (un tercio de la sanción máxima posible según el art. 102 LMV), y además que la Administración no hizo uso de la opción que le confiere el citado artículo de imponer de forma acumulada la sanción de suspensión al recurrente, de miembro del mercado secundario de valores.

Por otra parte entendemos que la Administración sí justificó de forma suficiente la razón por la que debía incrementarse la multa dentro de su parámetro inferior, y lo hizo, con invocación del art. 14 a) de la Ley 26/1988 sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con estas palabras: “ha de subrayarse también que la situación de los administradores objeto de una OPA presenta importantes particularidades, pues ante una OPA hostil, los accionistas observan con mayor atención, si cabe, las operaciones realizadas por los administradores y la transparencia que aporta el Registro de participaciones significativas es esencial. En el período que antecede a una OPA, además, la realización de operaciones ha de ser comunicada con especial celo, dada la posibilidad de que puedan realizarse operaciones con información privilegiada”. Esta motivación, en opinión de este Tribunal es suficientemente respetuosa con el principio de proporcionalidad y contrariamente a lo que afirma la recurrente sí introduce un cambio de criterio respecto de la propuesta inicial de las instructores que solicitaban la imposición de una sanción de 9.000 euros, pues entiende que en esta conducta existe una mayor carga antijurídica al estimar el Consejo y el órgano sancionador que el hecho reviste mas gravedad de lo que estimó el instructor, singularmente por el respeto al principio de transparencia en el marco de una OPA hostil.

Al no haberse variado los hechos fijados en la propuesta de resolución, ninguna infracción se ha producido por este motivo en la imposición de la sanción. Finalmente, tampoco podemos compartir con la recurrente que concurren algunas de las circunstancias que como atenuantes figuran en el art. 14 de la Ley 26/1988 y 131 de la Ley 30/1992. No existe arrepentimiento o subsanación de la conducta del recurrente ya que su confesión de los hechos se produce con posterioridad al inicio del expediente sancionador, en concreto en el trámite de alegaciones. Por otra parte, no está previsto que la falta de reincidencia opere como circunstancia atenuante, ya que una interpretación racional del precepto conduce simplemente a que la reincidencia se considere agravante, razones por las que entendemos que el recurso debe ser desestimado.

TERCERO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA. Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Sin costas.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.