

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 8 DE OCTUBRE DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 377/02

Ponente: Dña. Margarita Robles Fernández

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 29 de noviembre de 2001, confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía de 23 de mayo de 2002

Fallo: Desestimatorio

Madrid, 8 de octubre de dos mil tres.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº 6/377/02 que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha promovido el Procurador Don J. S. A. en nombre y representación de Don A. B. G., frente a la Administración General del Estado, representada por Sr. Letrado del Estado, contra Resolución del Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, confirmando sanción impuesta por la CNMV (que después se describirá en el primer fundamento de Derecho) siendo Magistrado ponente la Ilma. Sra. D^a MARGARITA ROBLES FERNÁNDEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado el 3 de junio de 2002, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Provincia de 7 de junio de 2002, con publicación en el B.O.E. del anuncio prevenido por la Ley y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 22 noviembre de 2002, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando la estimación del recurso, con la consiguiente anulación de los actos recurridos.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 14 febrero de 2003, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- No habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se dio traslado para formalizar conclusiones a la parte actora, y, después, al Sr. Abogado del Estado, quienes las evacuaron en sendos escritos, en los que reiteraron sus respectivos pedimentos.

QUINTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 7 de octubre de 2003, en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se interpone Recurso contencioso administrativo contra Resolución del Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, en que se desestima el recurso de alzada interpuesto por Don A. B. G., contra Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 29 noviembre de 2001, recaída en expediente sancionador.

Son antecedentes a considerar, que el 19 de febrero de 2001, el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), adoptó el acuerdo de incoar expediente sancionador al recurrente, por la presunta comisión de una infracción muy grave de la letra o) del Art. 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con la letra a) del párrafo 2 del art. 81 del mismo texto legal, por la realización de operaciones sobre acciones de "U., S.A." (compra de 23.700 acciones, para sí mismo, así como para Dña P. M. A., para "F., S.A." y para "A., S.A." entre enero y abril de 2000), disponiendo de información privilegiada referente a dicha sociedad emisora, en relación con las negociaciones entre ésta y la entidad "H., AB", para la venta a esta última de su filial "P. P., S.A."

Seguida la tramitación oportuna el 29 de noviembre de 2001, el Consejo de la CNMV, dicta resolución, en la que acuerda:

"Imponer a Don A. B. G., por la comisión de una infracción grave tipificada en letra x) del Art. 100 de la Ley 24/1.1988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de los dispuesto de la letra a) del apartado 2 del Art. 81 del mismo texto legal y relativa a la realización de operaciones sobre acciones de "U., S.A.", disponiendo de información privilegiada referente a dicha sociedad emisora, las siguientes sanciones:

- 1. Multa de 43.735 '98 euros (7.277.054 pesetas).*
- 2. Suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo en la entidad "U., S.A." por un plazo de tres meses.*
- 3. Anotación pública, con publicación en el Boletín Oficial del Estado".*

El actor, Secretario del Consejo de Administración de "U., S.A.", después de explicar las sucesivas vicisitudes de la operación y aceptando que adquirió para sí y para Dña P. M. A., los títulos antes referidos de la citada Sociedad, adquisición que comunicó a la CNMV el 31 de marzo de 2001, señala que no tuvo conocimiento de las conversaciones para la venta de "P. P., S.A.", hasta que tal circunstancia se comunicó al Consejo de Administración el 21 de marzo de 2000.

Aduce, que la CNMV omitió trámites esenciales del procedimiento previstos en el Real Decreto 1398/93, tales como el trámite de vista y audiencia al interesado, lo que comportaría la nulidad de la resolución dictada y después de analizar lo que sería "información privilegiada", niega haber tenido la misma, excluyendo cualquier intencionalidad en su actuación, requisito subjetivo esencial para que una infracción se estime cometida y más cuando no actuó por motivos económicos, pues si enajenó las acciones de "U., S.A.", ello respondió a una obligación impuesta por la CNMV.

Considera también, que "U., S.A." se vería perjudicada por la sanción que se impone al mismo y entiende subsidiariamente que se habría infringido el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- Alega el recurrente, en primer lugar, la nulidad de pleno derecho de la resolución de la CNMV, al haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido, según lo dispuesto en el Art. 62.1.d) de la Ley 30/1.992, al considerar que el expediente se habrían omitido trámites esenciales del procedimiento como es el trámite de audiencia al interesado al que se refiere el Art. 20.3 del Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, aprobado por Real Decreto 1398/1.993, de 4 de agosto.

El citado Art. 20.3 obliga al órgano competente para resolver, cuando considere que la infracción tiene mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, a notificarlo al expedientado, concediéndole un plazo de quince días para que aporte cuantas alegaciones estime conveniente.

Tiene razón la Resolución impugnada, cuando señala que, si bien es cierto que la Resolución modifica la valoración jurídica fijada en la Propuesta de resolución formulada por los instructores, la modificación supuso rebajar la calificación jurídica de la infracción, de muy grave a grave, con lo que, no concurrió el supuesto previsto en la norma, para que se diera al interesado el trámite de audiencia.

El que la resolución, dentro de la calificación jurídica de menor gravedad que establece, y dentro de las posibles sanciones legalmente previstas, acuerde imponer sanciones distintas a las propuestas por los instructores, no constituye el supuesto de hecho a que se refiere el Art. 20.3 del Real Decreto 1398/1.993, y, por tanto no requiere la concesión de un trámite de audiencia al interesado, no siendo en consecuencia procedente la Nulidad solicitada, pues no se le ha generado indefensión al haberse mantenido los hechos imputados y rebajado la calificación jurídica de la infracción que se reputa cometida, habiendo podido alegar el actor en vía administrativa y en sede judicial lo que consideró oportuno en apoyo de sus pretensiones.

TERCERO.- El Art. 81 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, establece:

“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 objetos 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. Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios de los emisores de los valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o haber 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”.

A su vez, la letra x del Art. 100 de la Ley del Mercado de Valores establece que constituyen infracciones graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el Art. 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: *“El incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del Art. 81”*.

Obviamente, debe determinarse previamente si Don A. B. G. disponía de información privilegiada. Según establece el apartado 2 del Art. 81 de la LMV, *“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”*.

Se trata, pues, de determinar previamente cual era la información acerca de “U., S.A.” de la que disponía Don A. B. G. cuando ordenó las operaciones realizadas anteriormente mencionadas.

La CNMV considera como hecho aprobado, no desvirtuado por el actor, que en la reunión del Consejero de Administración de “U., S.A.” de fecha 20 de diciembre de 1.999, reunión en la que participó Don A. B. G. En su condición de Secretario Consejero, el Presidente y el Consejero Delegado de la sociedad informaron al resto de los Consejeros, que la intención inicial de “U., S.A.” de vender una participación minoritaria (30%) de “P. P., S.A.” resultaba imposible, y que se estaba en negociaciones “H., AB” para venderle el 100% de “P. P., S.A.”.

Posteriormente, el Consejo de “U., S.A.” es informado por su Presidente y Consejero Delegado, en reunión de fecha 21 de marzo de 2000, a la que nuevamente asiste Don A. B. G., de la totalidad de las conversaciones mantenidas con “H., AB” en relación con la venta de “P. P., S.A.” y de la situación de la negociación, bastante avanzada.

La conclusión obvia a la que llega la CNMV y que es la única racional es que Don A. B. G. conocía, desde el 20 de diciembre de 1.999, tanto el cambio de estrategia operando en “U., S.A.” en relación con su filial “P. P., S.A.”, como, que se estaba negociando con “H. AB” la venta a ésta de “P. P., S.A.” y esa información lógicamente es una información concreta, lo que no se desvirtúa por el hecho de que cualquier operación por circunstancias incluso ajenas a los interesados pueda tener una evolución no prevista.

Por lo demás es también de sentido común el considerar como no pública esa información, pues el hecho de que también fuera conocida por los demás miembros del Consejo de Administración de “U., S.A.” no la hace conocida por todos, circunstancia ésta

a la que se refiere el carácter "público" y tal dato no desvirtúa por las informaciones que se dieron en la junta General de Accionistas de "U., S.A." celebrada el 29 de mayo de 1.999, pues el recurrente tenía conocimiento de las negociaciones con "H., AB" para la venta de la empresa, lo que desconocían los demás accionistas. Obviamente, si esas negociaciones para la venta se hubieran conocido, ello hubiera influido considerablemente sobre la cotización de los valores.

Debe pues, concluirse: A) que el recurrente tenía información privilegiada; B) que con base a ella adquirió para si y para Dña P. M. A. las acciones referidas; C) que existía una evidente culpabilidad en el mismo, que claramente se desprende de su proceder, con independencia de los que posteriormente hubiera hecho con las acciones adquiridas.

CUARTO.- Por último debe afirmarse que no se ha vulnerado el principio de proporcionalidad; a) se le impone una multa de 7.277.054 pesetas que corresponde al beneficio obtenido; b) la suspensión en el ejercicio de todo cargo directivo de la entidad es una consecuencia lógica de haber obtenido la información precisamente por ser miembro del Consejo de Administración de "U., S.A." y valorando las circunstancias concurrentes y en razón del principio de proporcionalidad se le suspende por tres meses. El hecho de que la información privilegiada trascendiera de la utilidad puramente individual, hace que sea procedente la amonestación pública que se le impone, que en todo caso sería de imposición si se hubiera mantenido la infracción muy grave prevista en la Propuesta de resolución.

Las consideraciones que al efecto hace la Resolución impugnada para rechazar cualquier indefensión derivada de la imposición de dicha sanción, deben ser asumidas por esta Sala.

Por ello, procede desestimar el recurso interpuesto.

QUINTO.- De conformidad con el Art. 139 de la Ley Jurisdiccional no se aprecian méritos que determinen la imposición de una especial condena en costas.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala ha decidido:

PRIMERO.- DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador Don J. S. A., en nombre y representación de Don A. B. G., contra Resolución del Ministro de Economía de 23 de mayo de 2002, por ser la misma ajustada a derecho.

SEGUNDO.- No haber lugar a la imposición de una especial condena en costas.

Así, por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitida en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente –en su caso- lo pronunciamos, mandamos y fallamos.