

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE JUNIO DE 2008

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 346/05
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Orden Ministerial de 13 enero de 2005 confirmada en reposición por otra de 15 de abril de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diecisiete de junio de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 346/05 promovido por Don C.A.S. representado por el Procurador de los Tribunales Don F.A.A. contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 15 de abril de 2005 por la que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 13 de enero de 2005 que acuerda imponer a Don C.A.S. una sanción de 30.050,61 euros, como consecuencia de la realización de operaciones sobre acciones de NH Hoteles estando en posesión de información privilegiada. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 30.050,61 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El 24 de junio de 2005 la parte actora interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora formalizó la demanda en escrito de 18 de noviembre de 2005 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando "dicte sentencia por la que se estime el presente recurso en mérito a los motivos alegados y se anule por ser nula de pleno derecho la resolución de 13 de enero de 2005 del Excmo. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda confirmada por la resolución de fecha 15 de abril de 2005, por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por mi representado contra la primera resolución"

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

No solicitado la práctica de ningún medio de prueba y presentadas conclusiones, por providencia de 3 de mayo de 2006 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y falló lo que se efectuó el 10 de junio de 2008.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 15 de abril de 2005 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 13 de enero de 2005 por la que acuerda Imponer a Don C.A.S., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de valores, consistente en la realización de operaciones sobre acciones de NH HOTELES estando en posesión de información privilegiada relativa a dicho emisor, una multa por importe de 30.050,61 euros (TREINTA MIL CINCUENTA EUROS CON SESENTA Y UN CÉNTIMOS).

SEGUNDO.- La parte actora al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

a) Considera que no tenía información privilegiada ya que lo único que conocía era que HESPERIA iba a formular una OPA sobre NH HOTELES el día 22 de mayo de 2003 pero que no conocía el precio ni su carácter hostil ya que no tuvo acceso a los acuerdos del Consejo de Administración de la Sociedad Oferente, aval otorgado por el Banco Español de Crédito en garantía de la Oferta y Folleto explicativo de la OPA formulada por HESPERIA sobre acciones de NH HOTELES.

b) Entiende que existía un error de prohibición por el hecho de que no se comunicara expresamente al recurrente que la información relativa a que se iba a presentar una OPA era información no Pública, ni las cautelas que debía observar respecto al uso de esa información.

c) La aplicación del tipo agravado sólo debe proceder en el supuesto de personas que realmente tengan un conocimiento e intervención en la preparación y formulación de la OPA que puede resultar tributario de una relación de confianza, por lo que debe circunscribirse a los ejecutivos y administradores de la sociedad oferente, a los asesores en la presentación de la oferta y en su caso a las entidades que financian la oferta y no a su caso ya que el trabajo que realizó consistente en bastateo de poderes no es específico de una OPA.

d) En este caso se le ha impuesto una sanción de 10 veces el beneficio obtenido (3.363 euros) mientras que en otros casos se ha reducido la sanción al duplo de los beneficios obtenidos, cuando el sujeto infractor era además un miembro del Consejo de administración que utilizaba información privilegiada para realizar operaciones bursátiles sobre valores de la sociedad de que es consejero tal como se recoge en la sentencia de esta sección de 25 de noviembre de 1996.

El Abogado del Estado contesta a la demanda reproduciendo literalmente el contenido de la resolución impugnada.

TERCERO.- En este caso consta acreditado que Don C.A.S. es oficial de la Notaría que intervino en la prestación de servicios para la firma de documentación para la Oferta Pública de Adquisición de Acciones sobre el capital de NH HOTELES S.A. del GRUPO INVERSOR HESPERIA en concreto preparó cuatro poderes a favor de BANESTO (entidad que financió la operación) y se ocupó, junto al Notario del bastanteo de poderes. El 21 de mayo de 2003, conociendo que al día siguiente se iba a presentar una OPA sobre NH HOTELES (si bien desconocía el precio) adquirió 2150 acciones de dicha compañía por un efectivo de 18.323 euros tras vender toda la cartera que poseía de acciones de Telefónica (se acercó en persona a las 13.00 horas a las oficinas de GAESCO BOLSA SV y dió las órdenes oportunas). El 22 de mayo de 2003 se registró en la CNMV una comunicación de hecho relevante en la que HESPERIA informa que ha presentado ante la CNMV una OPA de acciones sobre el 26,10% del capital social de NH HOTELES a un precio por acción de 8,30 euros que será satisfecho en metálico. El 23 de mayo momento en que ya era pública la OPA vendió sus acciones de NH por un importe total de 21.686 euros-, lo que le supuso un beneficio de 3.363 euros.

CUARTO.- La resolución sancionadora considera que el recurrente ha cometido 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 adelante LMV) que tipifica como infracción muy grave *"El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 81.2 de la presente Ley, cuando el volumen de los recursos o de los valores o de los instrumentos financieros utilizados en la comisión de la infracción sea relevante o el infractor haya tenido conocimiento de la información por su condición de miembro de los órganos de administración, dirección o control del emisor, por el ejercicio de su profesión, trabajo o funciones o figure o debiera haber figurado en los registros a los que se refieren los artículos 83 y 83 bis de esta Ley"*.

El artículo 81.2 LMV establece que *"Todo el que disponga de 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 sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros de los mencionados en el apartado anterior a los que la información se refiera, o sobre cualquier otro valor, instrumento financiero o contrato de cualquier tipo, negociado o no en un mercado secundario, que tenga como subyacente a los valores negociables o instrumentos financieros a los que la información se refiera"*.

Lo primero que hay que determinar si Don C.A.S. disponía de información privilegiada. El artículo 81.1 de LMV establece que *"1. Se considerará 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"*.

Considera esta Sala que concurren los requisitos establecidos para entender que disponía de información privilegiada ya que:

a) Se trata de una información de carácter concreto que HESPERIA iba a formular una OPA sobre NH HOTELES el día 22 de mayo de 2003. El hecho de que desconociera el precio y su carácter hostil no impide calificar esa información como privilegiada ya que la Ley no exige que sea completa sino concreta y en este caso el recurrente conocía el dato más relevante que era el día concreto en que se iba a anunciar la OPA.

b) Se refiere a un valor negociable como son las acciones de NH.

c) No se ha hecho pública esa información ya que fue al día siguiente de la compra (22 de mayo de 2003) cuando se registró en la CNMV una comunicación de hecho relevante en la que HESPERIA informa que ha presentado ante la CNMV una OPA de acciones sobre el 26,10% del capital social de NH HOTELES.

d) 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, lo que también sucede en este caso ya que aun cuando se desconozca el precio de la oferta, en el caso de una OPA la experiencia viene a demostrar que una información relativa a la formulación de una OPA influye de manera apreciable, en un sentido u otro, en la cotización del valor afectado al ser habitual esa reacción del mercado cuando se presenta una OPA comportamiento que un inversor razonable conoce a la vista de los ejemplos de OPAS producidos en casos precedentes, y que también se cumple en este caso en que el propio recurrente el día antes de la OPA compró a 7,30 euros y declaró ante la Administración que *"el mismo día 21 de mayo tomo la decisión de compra de NH HOTELES y decido invertir en NH HOTELES porque intuía que iba a subir como consecuencia de la OPA que se iba a presentar al día siguiente"* (folio 91 del expediente administrativo) y al día siguiente de la publicación de la oferta vendió a 8,64 euros.

QUINTO.- En cuanto a la culpabilidad no se aprecia la existencia de un error de prohibición por el hecho de que no se comunicara expresamente al recurrente que la información relativa a que se iba a presentar una OPA era información no Pública, ni las cautelas que debía observar respecto al uso de esa información ya que el último párrafo del apartado 2 del artículo 81 dispone que *"las prohibiciones establecidas en este apartado se aplican a cualquier persona que posea información privilegiada cuando dicha persona sepa o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información"* y entiende esta Sala que como Oficial de la Notaria dada su preparación debía conocer que esa era una información privilegiada ya que era concreta respecto a un hecho que no consta fuera conocido por la generalidad del mercado (el anuncio de una OPA el 22 de mayo de 2003 sobre NH), teniendo en cuenta que el anuncio de una OPA tiene una gran difusión en los medios de comunicación cuando se hace pública y en todo caso podía haber consultado antes de realizar la operación dado que no era un inversor habitual en los Mercados de valores a un experto en dicha materia en términos generales acerca de si podía efectuar compra de acciones de una sociedad cuando había tenido conocimiento

de que se iba a anunciar una OPA en una fecha concreta.

SEXTO.- En cuanto a la calificación de los hechos considera el recurrente que no pueden calificarse como infracción muy grave sino de grave. La calificación como infracción grave o muy grave derivada del incumplimiento de la obligación de realizar cualquier tipo de operación sobre valores negociables sobre los que se disponga información privilegiada depende si concurre o no alguna de las circunstancias previstas en el artículo 81.2 de la Ley y entre ellas se recoge que la infracción será calificada como muy grave "*cuando el infractor haya tenido conocimiento de la información por su condición de miembro de los órganos de administración, dirección o control del emisor, por el ejercicio de su profesión, trabajo o funciones*".

Admite el recurrente que conoció la información como oficial de la Notaria pero considera que no conoció los hechos por razón de su profesión y oficio ya que sólo realizó actuaciones adicionales que no son específicas de una OPA como fue la preparación de unos poderes para el banco que financia la OPA, sin que se compartan sus afirmaciones al considerar tal como entiende la Administración que la complejidad actual de los mercados en general y de la Ofertas Públicas de Adquisición, en particular, así como de la normativa que las regula, hace necesaria la intervención de una pluralidad de sujetos, cuya participación se produce en diversos grados y que requiere una mayor o menor cualificación pero que se basa en todo caso, en la confianza derivada de su profesionalidad, siendo exigible en este caso al oficial de notaría independientemente de su grado de intervención un grado de confidencialidad suficiente derivada del grado de confianza que depositan aquellos que realizan la oferta, confianza que en el presente caso ha quedado acreditada por el hecho reconocido por el propio expediente de que éste fuera informado, unos días antes de que se produjera, de que se iba a proceder a formular la Oferta sobre el valor NH HOTELES, es decir, la información se le facilitó como Oficial de la Notaria donde se preparaba diversa documentación.

SÉPTIMO.- En cuanto a la graduación de la sanción, tal como razona la resolución sancionadora no podía imponerse como límite una multa hasta el quintuplo del beneficio bruto obtenido (que en este caso dado que las ganancias fueron de 3.363 euros el límite sería de 16.815 euros) tal como establece el artículo 102 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores ya que es de aplicación el penúltimo párrafo del artículo 102 que establece que la multa en el caso de la infracción prevista en el artículo 99 o) no puede ser inferior a 5.000.000 de ptas. (30.050,61 euros) y acuerda imponer la sanción mínima.

Ciertamente el importe de la multa será el mismo en el caso de que el beneficio bruto obtenido sea entre 1 euro y 6.000 euros pero ello no determina que deba reducirse la sanción impuesta por cuanto la Administración está sometida a la Ley y debe limitarse a aplicarla dentro de los márgenes establecidos, debiéndose tener en cuenta que no puede prevalecer el principio de proporcionalidad sobre el de legalidad. (Sentencias Tribunal Constitucional 55/1996, de 28 de marzo, 161/1997, de 2 de octubre y 88/2003 de 19 mayo). En este caso la Administración ha impuesto el importe mínimo de la multa

fijado para esa infracción grave por lo que no se observa que haya vulnerado la Ley.

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:

DESESTIMAR el recurso Contencioso-Administrativo interpuesto por la representación procesal de Don C.A.S. contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 15 de abril de 2005 por la que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden del Secretario de Estado de Economía por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 13 de enero de 2005 que acuerda imponer a Don. C.A.S. una sanción de 30.050,61 euros, como consecuencia de la realización de operaciones sobre acciones de NH Hoteles estando en posesión de información privilegiada que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados.

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 (RCL 1985, 1578 y 2635).

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.