

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE DICIEMBRE DE 2012 y
AUTO DE RECTIFICACIÓN DE 1 DE ENERO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 56/2012
Ponente: D.ª Lucía Acín Aguado
Acto Impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de noviembre de 2011
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cuatro de diciembre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 56/2012 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido don E.G.G. representado por la Procuradora. D.ª M.G.D. contra la resolución del Secretario de Estado por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 16 de noviembre de 2011 en la parte que acuerda imponer a don E.G.G. una sanción de multa por importe de 240.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra o) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, por adquirir acciones de ZELTIA SA, disponiendo de información privilegiada sobre la citada sociedad cotizada, La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 240.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- El 13 de diciembre de 2011 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turno a la Sección Sexta, donde fue admitido a trámite y se reclamó el expediente administrativo. Presentada demanda el 2 de abril de 2012 la parte solicitó *“se dicte sentencia por la que, con estimación íntegra de esta demanda, se acuerde anular y dejar sin efecto la citada resolución, imponiendo las costas procesales a la CNMV”*.

Se emplazó al Abogado del Estado presentando escrito el 28 de mayo de 2012 en el que se opuso a la estimación del recurso. Solicitado el recibimiento a prueba practicadas las declaradas pertinentes y presentadas conclusiones quedaron el 19 de octubre de 2012 las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 27 de noviembre de 2012.

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

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- El acto impugnado es la resolución del Secretario de Estado por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 16 de noviembre de 2011 en la parte que acuerda imponer a don E.G.G. una sanción de multa por importe de 240.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra o) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, por adquirir acciones de ZELTIA SA, disponiendo de información privilegiada sobre la citada sociedad cotizada incumpliendo el artículo 81. 2 a) del citado texto legal.

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"*.

Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

- 1) Inexistencia de pruebas directas de cargo contra los sancionados: condena con base a simples presunciones fundada en unos hechos que admiten una interpretación razonable conforme a Derecho.
- 2) Inexistencia de información privilegiada.
- 3) En cuanto a la sanción alega falta de motivación, que existe una aplicación errónea de los criterios de graduación al no existir agravantes en el comportamiento del recurrente y un error en el cálculo de los supuestos beneficios obtenidos.

SEGUNDO.- La resolución recurrida señala que existen en el procedimiento hechos debidamente probados que permiten concluir que el 6 de agosto de 2008 don E.G.G. estaba en posesión de información privilegiada relativa a los resultados positivos obtenidos en el ensayo clínico de Yondelis para el tratamiento del cáncer de ovario que le fue facilitada por don C.C.A., Consejero de Zeltia, el cual había sido iniciado en la información por el Presidente de Zeltia el 5 de agosto de 2008. A primera hora del siguiente (antes de las 9.24 horas) día hábil bursátil 7 de agosto don E.G.G. ordenó a su sucursal bancaria la adquisición de 1.000.000 acciones de Zeltia desde Mauricio. Dicha orden se emitió antes de la comunicación del hecho relevante ese mismo día a las 11.32 horas. El 8 de agosto ordenó la venta de las acciones obteniendo un beneficio bruto de 61.729,38 euros.

Los hechos debidamente probados son los siguientes:

Don C.C.A. disponía de la información desde el día 5 de agosto de 2008. Dicha información fue transmitida por el Presidente de Zeltia únicamente a los Consejeros de la entidad.

Don C.C.A. realizó una llamada telefónica a don E.G.G. el día 6 de agosto a las 20: 44 horas antes de que comunicara el hecho relevante.

El Sr. don E.G.G. a las 9:05 hora española del día 7 de agosto recién abierto el mercado el día inmediatamente después de recibir la llamada del Sr. C.C.A. y antes de que se comunicara el hecho relevante se puso en contacto con el Director de su sucursal de la Caixa para ordenarle la compra de acciones de Zeltia a nombre de la sociedad SANCHIDRIAN INVERSIONES.

En ese momento don E.G.G. se encontraba de vacaciones en Mauricio concretamente en viaje de novios, viaje que se inició el 26 de julio y concluyó el 12 de agosto.

La orden de compra es por un importe muy significativo en concreto 1.000.000 euros, no siendo el Sr. don E.G.G. ni sus sociedades compradores habituales de Zeltia ni de otros valores cotizados. Con fecha 30 de junio de 2006, 30 de junio de 2007 y 30 de junio de 2008 no tenía valores depositados en cartera. Las únicas operaciones de valores realizadas desde el 1 de enero de 2006 hasta el 8 de agosto de 2008 fueron la que son objeto de análisis en el presente expediente.

No consta que don E.G.G. tuviera un contrato de gestión de carteras ni que reciba ningún tipo de asesoramiento por parte de la CAIXA.

En relación con la operación de compra realizada el 7 de agosto de 2008 el Director de la Oficina manifiesta que con anterioridad a ese día don E.G.G. no había anticipado la orden de compra, sino que fue el mismo día 7 cuando el cliente dio la misma.

Constan en las actuaciones los correos electrónicos enviados desde la oficina al Departamento de valores en los que se dan las instrucciones tanto para la compra como para la venta de las 200.000 acciones los días 7 y 8 de agosto respectivamente. Asimismo, las confirmaciones de las órdenes de compra y venta de las acciones firmadas por don E.G.G. con fecha de septiembre de 2008.

Existen hechos que revelan que don C.C.A. no era cuidadoso en no revelar información confidencial ya que en otra investigación que desarrollaba la CNMV en relación con otro hecho relevante posterior comunicado por ZELTIA el 25 de septiembre de 2009 en el que se informaba que el Comité evaluador de la Agencia Europea del Medicamento había emitido por consenso una opinión positiva, recomendando la concesión de la autorización de comercialización de Yondelis para el tratamiento del cáncer de ovario se puso de manifiesto que con anterioridad a la publicación mediante hecho relevante y una vez suspendida la negociación remitió también un correo a don E.G.G., así como al Secretario del Consejo de Zeltia indicando *"Zeltia, está de enhorabuena"* y acto seguido respondió el Secretario del Consejo a todos los destinatarios del dicho Correo que la noticia no era aún oficial y que se trataba de información confidencial de la que no debía hacerse uso.

TERCERO.- El recurrente realiza las mismas alegaciones que efectuó en vía administrativa en la que cuestionó la validez de la prueba de indicios al existir a su juicio una explicación alternativa razonable que le llevaron a realizar la operación por esa cuantía, en ese momento y desde el lugar que se encontraba de vacaciones de luna de miel, todas ellas ajenas a la transmisión de

la información privilegiada que niega que se efectuara. Así señala que 1) la llamada recibida de don C.C.A. el día 6 a las 20:44 horas, éste no le transmitió ninguna información privilegiada sino que tenía por objeto las avanzadas negociaciones que se venían desarrollando entre Sylentis y Alnylam, 2) que la decisión de comprar acciones de Zeltia la tomó antes del 7 de agosto de 2008 teniendo su origen en la venta de un negocio eólico y en su decisión de invertir un 15% de la plusvalía obtenida (hasta 1.000.000 euros) en acciones de dicha compañía al considerarla el mejor valor del sector farmacéutico y existir diversas recomendaciones de compra de analistas, 3) que el hecho de que justo llamara para ordenar la compra a primera hora del día 7 de agosto en concreto a las 9:05 horas recién abierto el mercado y antes de la comunicación del hecho relevante fue casual. 4) la orden de venta fue un error del Director de la Oficina de la Caixa que la efectuó por propia iniciativa.

Estos argumentos son ampliamente rebatidos en la resolución recurrida, en la que se analiza de forma pormenorizada por que no se considera razonable esa explicación alternativa teniendo en cuenta todos los hechos que en su conjunto permiten llegar a la conclusión de que se comunicó esa información privilegiada en base a la cual se realizó al día siguiente la compra de valores de la sociedad cotizada, argumentos que compartimos y a los que nos remitimos al ser una reiteración las alegaciones realizadas en esta instancia de los planteados en vía administrativa. Únicamente poner de relieve que:

Las noticias aparecidas en prensa que cita el recurrente referidas a que era altamente probable el resultado positivo del ensayo clínico con Yondelis son de 12 de julio, 24 julio y 31 de julio de 2008 y el informe de analista referido a la expectativa de un incremento de las ventas de Yondelis consta en un boletín de 29 de julio de 2008. Por lo tanto no se comprende por qué si tenía intención de invertir en Zeltia esperó a realizar la operación al momento inmediatamente posterior a recibir la llamada del Consejero de Zeltia cuando éste ya había sido informado de que el Comité de Pharma Mar y Ortho Biotech había concluido el 4 de agosto de 2008 que el resultado del estudio realizado había sido efectivamente positivo.

Si la orden de venta fue un error del Director de la Oficina de la Caixa no se comprende por que firmó posteriormente la confirmación de orden de venta en septiembre de 2008, en vez de instar a dicha entidad bancaria a rectificar el error ordenando la recompra de las acciones al mismo precio que habían sido adquiridas el día anterior. En todo caso indicar que el sólo hecho de la compra estando en posesión de información privilegiada es sancionable ya que constituye un incumplimiento de la obligación de realizar cualquier tipo de operación sobre valores negociables sobre los que se disponga de información privilegiada.

CUARTO.- Alega que no existe información privilegiada ya que los hechos comunicados en el hecho relevante eran públicos ya que habían trascendido con anterioridad al mercado. Se remite a noticias de prensa en las que se hace público los éxitos del medicamento Yondelis en la lucha contra el cáncer de ovario, habiéndose hecho eco de estas buenas noticias los analistas de Bolsa.

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."

El hecho relevante publicado fue el siguiente:

"Pharma Mar –filial de Zeltia- ha comunicado a la Agencia Europea del Medicamentos (EMA) que el ensayo de Fase III pivotal en cáncer de ovario ha tenido resultados positivos, una vez que aquellos han sido conjuntamente revisados y corroborados por Pharma Mar y Ortho Biotech Products LP. Consecuentemente, Pharma Mar ha confirmado a la EMA que presentará durante el último trimestre de este año, la solicitud de autorización para una nueva indicación de Yondelis en el tratamiento de cáncer de ovario avanzado. Igualmente a la vista de los resultados positivos referidos anteriormente, Ortho Biotech Products LP también ha confirmado a Pharma Mar su plan de presentar antes del final de este año a la Food and Drug Administration de EEUU (FDA) la correspondiente solicitud de aprobación para Yondelis (New Drug Application (NDA) en esta indicación".

Como señala la resolución recurrida lo relevante no es sólo el resultado positivo del ensayo clínico que todo el sector apuntaba a que era altamente probable que así fuera sino el momento en que éstos resultados se producen que fue en el mes agosto. Así consta que se inició un estudio aleatorizado y de fase III y en la tarde del 4 de agosto de 2008 tuvo una reunión del Comité Conjunto de Pharma Mar y Ortho Biotech encargado de supervisar y coordinar el desarrollo de Yondelis en la que tras examinar los datos consideraron que se habían conseguido los objetivos con resultados positivos, poniéndose a partir de entonces en marcha el proceso de comunicación al exterior de los resultados positivos del ensayo. Recibidas las conclusiones el Presidente del Consejo de Administración de Zeltia comunicó el 5 de agosto a varios Consejeros de la sociedad ese hecho y entre ellos a don C.C.A. que fue uno de los Consejeros que colaboraron en la gestión de la comunicación al exterior de los resultados del ensayo. Hasta entonces no existía certeza de que los resultados iban a ser positivos ni cuando se iban a comunicar el resultado del ensayo sino sólo probabilidades de éxito que un analista de Ibersecurities había cifrado en un 60% y una expectación entorno a la finalización del ensayo clínico y sus resultados. Por lo tanto la calidad y el contenido de la información conocida es distinta. Lo que conoce el recurrente al realizar la compra por tanto es una información no pública comunicada por un Consejero en la que pone en su conocimiento el resultado positivo del ensayo en una fecha determinada, fecha que el propio don C.C.A. señaló como bastante repentina ya que no se esperaba que fuera en esas fechas ya que incluso el Presidente estaba de viaje ya que no se esperaba que se comunicaran los resultados entonces.

No cuestiona el recurrente el resto de los requisitos establecidos referidos a que *"de hacerse o haberse hecho pública esa información, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado"* pero sólo apuntar que el 7 de agosto, el día de la publicación del hecho relevante la sesión cerró un 16,60% por encima del cierre de la sesión del día anterior.

QUINTO.- En cuanto a la calificación de los hechos 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) dada la relevancia cuantitativa de los recursos utilizados en la comisión de la infracción.

Las sanciones por las infracciones muy graves están previstas en el artículo 102 LMV. En este caso sólo puede imponerse la prevista en la letra a) puesto que las sanciones recogidas en el resto de los apartados mencionados están previstas para aquellos casos en que los infractores sean sujetos inscritos en los Registros Oficiales de la CNMV. La letra a) establece una multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: *"el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción, el 5% de los recursos propios de la entidad infractora, el 5% de los fondos totales propios o ajenos utilizados en la infracción o 600.000 euros"*. Por otra parte la sanción mínima no puede ser inferior a 30.000 euros.

La sanción que se podía imponer a don E.G.G. es de 30.000 a 600.000 euros. La resolución aprecia la existencia de la circunstancia agravante de la letra a) del artículo 14 1 de la LDIEC esto es *"la naturaleza y entidad de la infracción"* y la c) *"las ganancias obtenidas, como consecuencia de los actos y omisiones en que consista la infracción"* por el elevado grado de ganancias obtenidas por la comisión de la infracción que asciende a 61.729,38 euros y acuerda imponer una sanción dentro de sus parámetros medios esto es por importe de 240.000 euros.

Realiza el recurrente las mismas alegaciones realizadas en vía administrativa y que han sido contestadas en la resolución recurrida en la que se señala que:

El beneficio a considerar tal como establece el precepto es el beneficio bruto es decir sin descontar gastos correspondiente a la operación en que se ha hecho uso de la información privilegiada y no otras posteriores compra venta de acciones referidas a la misma sociedad cotizada una vez publicado el hecho relevante.

Respecto a que el volumen de la inversión comprometida es el elemento utilizado para calificar la infracción como muy grave por lo que no cabe utilizarlo para cuantificar la sanción, señala la resolución recurrida que no se agrava la conducta por el volumen de recursos utilizados en la comisión de la infracción sino por las ganancias obtenidas con la comisión de la misma.

En cuanto a la naturaleza y entidad de la infracción señala la resolución recurrida que el hecho de que no sea consejero de una entidad cotizada no se ha tenido en cuenta el hecho de que la infracción cometida se encuadra dentro del capítulo de abuso de mercado que es una de las más graves que recoge la normativa del mercado de valores. Prueba de ello es que ésta es la única infracción junto con la realización por personas sin autorización de actividades reservadas a las empresas debidamente habilitadas por la CNMV para la que la LMV establece una sanción mínima. Por otra parte merece mayor reproche el que hace uso de la información privilegiada que la transmisión de la misma.

Por lo tanto apreciando la existencia de dos agravantes la multa ha sido correctamente graduada teniendo en cuenta que el límite máximo es de 600.000 euros.

SEXTO.- Como consecuencia de lo razonado procede declarar tal como solicita el recurrente que no ha existido la infracción administrativa por la que se sanciona. Se estima por tanto el recurso contencioso-administrativo.

Conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998 no procede imponer las costas a ninguna de las partes al no apreciarse temeridad o mala fe.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don E.G.G. contra la resolución del Secretario de Estado por delegación de la Ministra de Economía y Hacienda de 16 de noviembre de 2011 en la parte que acuerda imponer a don E.G.G. una sanción de multa por importe de 240.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra o) de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, por adquirir acciones de ZELTIA SA, disponiendo de información privilegiada sobre la citada sociedad cotizada que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. No se hace condena en costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica de Poder Judicial.

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.

AUTO

En Madrid, a veintitrés de Enero de dos mil trece

HECHOS

UNICO: El Abogado del Estado solicitó mediante escrito de 28 de diciembre de 2012 que se aclare o rectifique el fundamento sexto de la sentencia de 4 de diciembre de 2012 (recurso 56/2012) teniendo en cuenta que el recurso se presentó con posterioridad al 31 de octubre de 2012 que ha dado una nueva redacción al artículo 139. 1 de la Ley de la Jurisdicción. Con carácter subsidiario solicita se rectifique el resto del fundamento sexto que debe ser corregido en cuanto dice indebidamente que se estima el recurso.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: No procede acceder a la petición formulada por el Abogado del Estado referida a que se modifique el fundamento de derecho sexto en cuanto a las costas teniendo en cuenta que el artículo 267 de la LOPJ establece que los Tribunales no podrán variar las resoluciones que pronuncien después de firmadas y por tanto en el caso de que esta Sala apreciara que no es correcto el criterio aplicado no se puede rectificar ese error al no tratarse de un error material ya que implicaría la modificación del fallo. Tampoco procede aclarar la misma ya que no se aprecia que se trate de un concepto oscuro sino en su caso de una deficiente motivación de la sentencia.

SEGUNDO: Si procede corregir el error material existente en el resto del fundamento de derecho sexto al indicarse que se estima el recurso cuando resulta de los razonamientos de la sentencia que el fallo es desestimatorio y así se señala en el fallo.

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional **DECIDE** corregir el error material existente en el fundamento de derecho sexto y donde dice *"Como consecuencia de lo razonado procede declarar tal como solicita el recurrente que no ha existido la infracción administrativa por la que se sanciona. Se estima por tanto el recurso contencioso-administrativo"* debe decir *"Como consecuencia de lo razonado procede declarar tal como solicita la demandada que ha existido la infracción administrativa por la que se sanciona. Se desestima por tanto el recurso contencioso-administrativo"*.

No cabe interponer recurso alguno conforme al artículo 267. apartado 8 de la Ley Orgánica del Poder Judicial