

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE JUNIO DE 1997

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 2124/92
Ponente: Dª Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 9 de abril de 1992 confirmada en reposición por Orden del mismo Ministerio de 9 de julio de 1992
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a 4 de junio de 1.997

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales Don C.M.L.V., en nombre y representación de Don L.B.G., frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la Resolución dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 9 de julio de 1.992 en materia relativa a sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores con una cuantía de 74.700.000 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrada Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 14 de septiembre de 1.992 dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 10 de marzo de 1.994, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando: "Tenga por presentado este escrito, por formalizada demanda en el presente recurso, lo admita, y que, tras los trámites de Ley dicte sentencia por la que estime el recurso interpuesto y anule la resolución recurrida y las actuaciones materiales que de ella se han derivado, con expresa declaración del restablecimiento de la situación jurídica individualizada, a cuyo fin habrían de adoptarse las siguientes medidas:

- que se conceda a Don L.B.G. una indemnización por los daños y perjuicios efectivamente ocasionados, así como por los morales sufridos, en la cuantía que se fije al procederse a la ejecución de la sentencia.
- que se condene a la Administración del Estado, a su costa, a publicar en los principales periódicos del país, incluidos los especializados, un extracto de la sentencia que se dicte, suficiente para restaurar el derecho de Don L.B.G. al honor, a la intimidad y a la propia imagen".

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó Auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultando obrante en autos.

QUINTO.- Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO.- La Sala dicto Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del día 28 de mayo de 1.997 en que se deliberó y votó habiéndose observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 9 de julio de 1.992 por el Ministerio de Economía y Hacienda por la que desestima el recurso de reposición num. 2263/92 interpuesto por Don L.B.G., hoy actor, contra la Orden del mismo Ministerio de 9 de abril de 1.992, imponiéndole una sanción de multa de 74.700.000 ptas. por la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1.988, de 28 de Julio, del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso y se declaran probados son los siguientes: a finales de Marzo de 1.990 la empresa "DyC, S. A." de la que Don L.B.G. era Jefe de Administración del Grupo de Empresas, con categoría de Subdirector General, decidió la adquisición de una participación significativa en el capital social de la sociedad "C.A.E." que le permitiera intervenir en su gestión. Para no alertar al mercado decidieron que la adquisición fuera paulatina y por medio de sociedades interpuestas, y dieron orden al hoy actor de adquirir para "DyC, S.A." títulos de "C.A.E." de la forma descrita, de manera que las compras de acciones no superasen el 5 % del capital de "C.A.E." pero sin limitación para la adquisición de derechos de ampliación y obligaciones convertibles. Para el cumplimiento de tal fin, "DyC, S.A." ordenó a su Dirección de Finanzas poner a disposición de Don L.B.G. los fondos necesarios; el hoy actor cumplió con la misión que le fue encomendada, utilizando una sociedad de la que era accionista al 50% y administrador solidario ("L.") y otra sociedad participada indirectamente al 100% por "DyC, S.A.", las cuales, con fechas 21, 22, 25 y 26 de Junio de 1.990 vendieron los títulos de "C.A.E.", previamente adquiridos, a "DyC, S.A."

Como consecuencia de la compra de estos títulos y otros adquiridos directamente por ella, el día 18 de julio de 1.990 "DyC, S.A." era propietaria del 24,77 % del capital social de "C.A.E."

El día 20 de octubre de 1.990 el Consejero Director General de "DyC, S.A." informa al Director General del Banco "C.", principal accionista de "DyC, S.A.", de que esta tiene intención de formalizar una OPA sobre "C.A.E.", comentándose la manera de financiarla. El día 22 de octubre de 1.990 el hoy actor dió orden a una Sociedad de Valores y Bolsa de buscar activamente títulos de "C.A.E." en el mercado, logrando así que se le ofertaran 83.000 acciones de esta empresa (representativas del 1,89 % del capital social), las que adquirió "L." los días 22 (45.000) y 24 (38.000) de octubre al precio de 1.300 ptas por título. Las

compraventas en cuestión se realizaron, con la intervención de la Sociedad de Valores y Bolsa, mediante aplicaciones, sin conocimiento ni intervención del otro socio al 50 % de "L.", y utilizando para pagar el precio dos préstamos formalizados en contrato privado entre "DyC, S.A." y "L.", que se afirman celebrados el 23 y el 30 de octubre de 1990, por importe de 60 y 49 millones de pesetas respectivamente, con vencimiento el 31 de Diciembre siguiente, y un tipo de interés anual del 16,5 %. Los apoderados de "DyC, S.A." afirman que concedieron los préstamos en la creencia de que las acciones cuya adquisición financiaban formaban parte de la misma operativa realizada entre Marzo y Junio de 1.990, es decir, la adquisición de títulos de "C.A.E.", para "DyC, S.A.".

El día 13 de Noviembre de 1.990 "DyC, S.A." formuló Oferta Pública de Adquisición sobre el 100% de las acciones y 135.936 obligaciones convertibles de "C.A.E.", autorizada por la CNMV el 21 de Noviembre de 1.990. El 7 de Diciembre siguiente Don L.B.G. ordenó en nombre de "L." el traspaso de las 83.000 acciones de "C.A.E." a otra Sociedad de Valores y Bolsa, y dentro de plazo y a través de esta última, presentó declaración de aceptación por las referidas 83.000 acciones en la tramitación de la OPA formulada por "DyC, S.A." sobre "C.A.E.".

Como consecuencia de lo anterior, "L." obtuvo un beneficio bruto en la compraventa de las 83.000 acciones de "C.A.E." de 24.900.000 ptas.

TERCERO.- Los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de la infracción prevista en el art. 99 letra o) de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, en relación con el art. 81 de la misma Ley, de la que es responsable el hoy actor, Don L.B.G., quién disponiendo de información privilegiada (por razón de su trabajo tenía informaciones relativas a la intención de "DyC, S.A." de adquirir una participación significativa de otra empresa), realizó operaciones de compraventa de acciones de dicha mercantil en fecha inmediatamente anterior a la formulación de una OPA. y a precio muy inferior a aquel que posteriormente fue abonado al liquidarse la oferta aceptada por el actor en nombre de "L.".

CUARTO.- El primer motivo de impugnación alegado por la actora es la infracción del art. 24 de la Constitución porque no se le informó de su condición de imputado. En el supuesto de autos no se trata de un proceso penal, sino de la apertura de un expediente administrativo, por la posible comisión de infracciones, dándose cumplimiento en su tramitación a las normas del procedimiento administrativo. Cuando se hizo acopio de pruebas, se formuló el pliego de cargos, y finalmente se impuso la sanción, quedando salvaguardada la presunción de inocencia del hoy actor.

El segundo motivo se ampara en el art. 24 de la Constitución porque considera que se la ha inculcado sin base suficiente. Como alega el Abogado del Estado, de prosperar tal criterio, nunca podría sancionarse a los posibles infractores, pues la presunción de inocencia se transforma así en barrera que impide no ya condenar sin prueba suficiente para desvirtuarla, sino incluso intentar averiguar si se ha cometido una infracción. Los indicios racionales, evidentes en el supuesto enjuiciado, bastan constitucionalmente, para iniciar un expediente, en el curso del cual se comprobará con todas las garantías, la existencia o no de ilícitos administrativos, y la responsabilidad del expedientado.

QUINTO.- Alega la actora en tercer lugar que se ha infringido el principio de legalidad que la Constitución consagra en el art. 25 pfo. 1, porque: a) se acude al R.D. 279/84 para completar el tipo definido en la Ley del Mercado de Valores, y b) los arts. 81 y 99 letra o) no definen que es "información concreta" a los efectos de perfilar el concepto de "información privilegiada".

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han establecido en su jurisprudencia que el alcance de la reserva de ley no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto; y ello en primer lugar porque consideran que la potestad reglamentaria tiene un carácter en cierto modo insuprimible en determinadas materias, y en segundo lugar, porque el art. 25 pfo 1 de la Constitución no impide la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora. Esta Sala considera que el art. 81 de la Ley 24/88 contiene un tipo completo en sí mismo, para cuya interpretación no es preciso sino acudir a las normas generales establecidas al efecto por el Código Civil. En concreto: el hoy actor fue protagonista de las operaciones por las que, con cuidado de no alertar al mercado, "DyC, S.A." se fue haciendo con una participación importante de "C.A.E."; a la sazón estaban vigentes unas normas que imponían la formulación de una OPA al alcanzarse determinados porcentajes, y el hoy actor desempeñaba las funciones de JEFE DE ADMINISTRACION de un importante Grupo de Empresas, cuyos estados financieros firma, según las Memorias de dicho Grupo de los ejercicios anteriores al relevante a los efectos litigiosos; finalmente, dos días después de que los más altos responsables de la empresa preparen la OPA, da orden a la misma Sociedad de Valores y Bolsa que había dirigido la adquisición del porcentaje en posesión de "DyC, S.A.", que busque activamente títulos de "C.A.E." en el mercado, cuando aparecen los compra, y a tal fin pide un préstamo a "DyC, S.A.", ocultando que compra para sí y no para esa empresa.

El art. 81 en su pfo. 3 habla de "*información concreta*" y precisa "*que no se haya hecho pública, y que de hacerse o haberse hecho pública, podría o habría podido influir de manera apreciable sobre la cotización de ese o de esos valores*". Los términos sitúan a la "*información*" en un contexto que es, a juicio de esta Sala, lo suficientemente preciso, y al tiempo, con una redacción que permite que no queden impunes determinadas conductas al amparo de una definición reductora de la "*información*" privilegiada.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de estos motivos de recurso.

SEXTO. - El actor examina los hechos sobre los que se han basado las presunciones que han llevado a su condena y los niega, pero no aporta prueba alguna de sus afirmaciones en contrario.

Afirma que "DyC, S.A." no se proponía controlar "C.A.E.", sino "*adquirir una participación significativa*" y que la estrategia cambió cuando se decidió formular la OPA. Lo que se ha probado es que el actor compró por cuenta de "DyC., S.A." entre Marzo y Junio el equivalente al 24,7 % del capital, lo que desde luego constituye una participación tan significativa que solo faltan 0,3 puntos para llegar al tope en que la Ley exige la formulación de una OPA. Al tiempo, es justamente cuando la empresa para la que trabaja decide

preparar la OPA que el actor da orden de comprar para su sociedad todas las acciones (que resultaron ser 83.000) que la Sociedad de Valores y Bolsa encuentre, pero que encuentre a 1.300 ptas. por título que era precisamente el valor de mercado en las fechas relevantes (lo que no se compadece con su alegada intención de sostener el valor) y además se realiza la adquisición mediante aplicaciones, y no mediante la situación de ordenes de compra y venta en el mercado (esto último sería lo lógico de ser sus objetivos los que alega).

Posteriormente, ordena el traspaso de la Sociedad de Valores y Bolsa que había adquirido los títulos y que era la misma con la que había llevado a cabo la estrategia de adquisición de títulos para "DyC, S.A." ("ByM") a otra Sociedad de Valores y Bolsa, que fue la que presentó la declaración de aceptación.

Las pruebas practicadas tienen a juicio de esta Sala todos y cada uno de los requisitos que la Jurisprudencia dictada por el Tribunal Constitucional impone, sin que las alegaciones formuladas de contrario tengan entidad para desvirtuar su eficacia a los efectos de fundar la condena en el expediente litigioso del ahora recurrente.

SÉPTIMO. - El actor no ha acreditado en forma alguna que actuara por cuenta y en provecho de "DyC, S.A." De las pruebas practicadas resulta que pretendía obtener un beneficio económico para sí mismo por medio de una Sociedad Anónima de su propiedad al 50 %, por lo que la sanción impuesta es plenamente ajustada a derecho. De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso, y no prosperando la pretensión principal de anulación de la sanción deben desestimarse los restantes relativos a la indemnización y publicación de rectificación.

OCTAVO. - No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas. Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Don L.B.G. contra la Orden dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 9 de julio de 1.992, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, así como la de 9 de abril de 1.992 de que trae origen por ser conformes a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.