

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2010

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 635/09
Ponente: Doña Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución del Ministro de Economía y Hacienda de 7 de julio de 2009 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 22 de abril de 2009.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de septiembre de dos mil diez.

Visto el recurso contencioso administrativo 635/2009 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don E.B.C., y en su nombre y representación el Procurador Sr. L.P., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 7 de julio de 2009 relativa a reintegro de fondos siendo la cuantía del presente recurso de 150.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, contra la resolución antes mencionada mediante escrito de 16 de octubre de 2009, acordándose su admisión por Providencia, 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 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando se estime el recurso y se anule la resolución impugnada así como los que trae origen.

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito de 25 de mayo de 2009, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando la inadmisión o subsidiariamente la desestimación del presente recurso.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala, se señaló para votación y fallo de este recurso el día 14 de septiembre de 2010, 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 y Hacienda de fecha 7 de julio de 2009 por la que se desestima el recurso potestativo de reposición interpuesto por Don E.B.C. hoy actor contra la Orden del mismo Ministerio de fecha 22 de abril de 2009 por la que a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se le impone una multa de 150.000 euros.

Se declara al hoy actor responsable de una infracción tipificada como muy grave en la letra p) del artículo 99 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores en relación con lo establecido en el art. 53 del mismo texto legal, al haber remitido a la

CNMV fuera del plazo previsto una comunicación de participaciones significativas relativa a la cesión el día 13 de diciembre de 2006 a Grupo Rayet, S.A., y posterior cancelación, de una opción de venta sobre 6.180.690 acciones de Astroc Mediterráneo, S.A. por un importe de 150.000 euros.

SEGUNDO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados como tales por la resolución de fecha 22 de abril de 2009, y que en la misma se resumen como sigue:

“Don E.B.C. no comunicó en plazo el pacto de retroventa formalizado con Grupo Rayet y que se instrumentó mediante la concesión de una opción de venta sobre el 5.01% del capital social de Astroc y a un precio de ejercicio que aseguraba a Grupo Rayet poder vender como mínimo, al precio por el que compró.

La comunicación pertinente se realizó a petición de la DIFC con un retraso de casi 5 meses y cuando ya había sido cancelada.

Don E.B.C. manifiesta que no comunicó en plazo ya que cuando se notificó la opción de compra todavía no había nacido la opción de venta y su nacimiento podría no producirse si Grupo Rayet no ejercitaba su opción de compra. Posteriormente en el momento del nacimiento de la opción, entendieron que el hecho de que un administrador concediera una opción no generaba una obligación de realizar una comunicación”.

TERCERO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente son los siguientes:

1º) Naturaleza del pacto litigioso: a) el pacto litigioso no es una verdadera opción de venta, sino un pacto de retroemendo; b) aunque el pacto hubiera entrañado una opción de venta, la misma no está incluida entre las operaciones del art. 53 pfo. 2 en la versión vigente en el año 2006 dice que en todo caso habría “concedido” una opción de venta no la habría adquirido ni enajenado y la ley habla de “la adquisición o enajenación de derechos de opción sobre acciones”.

2º) Falta de tipicidad: la normativa aplicable en la fecha relevante no obligaba a comunicar la concesión de una opción de venta a un tercero por parte de un administrador de una empresa cotizada.

3º) Falta de culpabilidad: interpretación razonable de la norma. Carácter cuando menos confuso de la normativa aplicable.

4º) Inadecuada calificación de la pretendida infracción.

5º) Infracción del principio de proporcionalidad.

No se impugnan los elementos materiales descritos por la CNMV y recogidos en las Ordenes Ministeriales impugnadas, en cuanto a cifras, datos, fechas etc. de las operaciones litigiosas.

CUARTO.- El artículo 53 de la Ley del Mercado de Valores, en la redacción vigente en la fecha relevante, al regular las obligaciones del accionista y de los titulares de otros valores e instrumentos financieros, establece en el párrafo 1:

“Quién por sí o por persona interpuesta adquiera o transmita acciones de una sociedad admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores, y como resultado de dichas operaciones el porcentaje de capital suscrito que quede en su poder alcance o exceda los porcentajes del total capital suscrito que se establezcan, deberá informar, en las condiciones que se señalen, a la sociedad afectada, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del porcentaje del capital suscrito que quede en su poder tras aquellas operaciones. Dichas entidades estarán obligadas a hacer pública dicha información en la forma que se establezca...”

La redacción en la fecha relevante según la Disposición Adicional 17 de la Ley 55/1999 de 29 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, de los párrafos segundo y tercero:

“Cuando quien se encuentre en el caso previsto en el párrafo anterior, sea administrador de la correspondiente sociedad, las obligaciones allí mencionadas se aplicarán a todas las operaciones, con independencia de su cuantía. Los administradores de las sociedades cuyas acciones estén admitidas a negociación en una Bolsa de Valores deberán también comunicar, en los términos establecidos en el párrafo anterior, la adquisición o enajenación de derechos de opción sobre acciones de la propia sociedad que realicen por cualquier título. La admisión a negociación en una Bolsa de Valores de las acciones de una sociedad o el nombramiento de nuevos administradores obligará a quienes se encuentren en los casos previstos en los dos párrafos anteriores a informar sobre el porcentaje efectivo de su participación en el capital suscrito, y en el caso de los administradores, sobre sus derechos de opción sobre acciones de la sociedad, en la forma y con los efectos previstos en dicho párrafo”

El primer motivo de impugnación gira alrededor de la naturaleza del pacto litigioso, que según la actora no es una verdadera opción de venta, sino un pacto de retroemendo.

Tal y como suscita la cuestión la actora, es necesario recordar que el pacto *“de retroemendo”* es, para parte de la doctrina, aquel por el que el vendedor puede rescatar la cosa vendida devolviendo el precio que pagó el comprador, mientras para otros, es aquel pacto por el que el comprador puede resolver la compra exigiendo en su caso la devolución del precio.

En cualquiera de los dos casos, se trata de una devolución de lo adquirido con la simultánea devolución del precio, mientras que en la operación enjuiciada, de la propia lectura de las cláusulas del acuerdo resulta que no se trata de un pacto de estas características.

En este caso, la operación es la siguiente: se ha acordado que CV Capital ceda a Rayet S.A. una opción de compra sobre 6.180.690 acciones de Astroc (el 5,1%) del capital social de esta, a un precio de 24,73 euros por acción, debiendo Rayet ejercitar el derecho de opción de compra antes del 22 de diciembre de 2006. Y al tiempo, se incluye un pacto (de retroventa) en cuya virtud si Rayet ejerce la opción de compra y adquiere las acciones puede exigir a CV Capital la readquisición de aquellas acciones, pero el precio tiene los siguientes condicionantes:

- Si la acción tiene un valor de cotización inferior a 24,73 euros el precio de ejercicio sería de 24,73 euros.
- Si la acción tiene un valor de cotización superior a 24,73 euros el precio de ejercicio del pacto sería el resultante de sumar a 24,73 el importe del 60% de la diferencia del precio de cotización medio ponderado de la sesión del día del requerimiento de la voluntad de recompra. El pacto como se ha visto entró en vigor.

No tiene este pacto por tanto, a diferencia del de retroemendo el elemento consistente en que la recompra sea por el mismo precio.

Una vez establecido que se trata de una opción de venta, se comprueba, en contra de lo alegado por la actora, que la misma si está incluida entre las operaciones del art. 53 pfo. 2. En la versión vigente en el año 2006: el pfo 5 de dicho precepto establece como se ha visto que *"Cuando quién se encuentre en los casos previstos en los apartados anteriores sea administrador del emisor, además de cumplir con la obligación de comunicar cualesquiera operaciones realizadas sobre acciones del emisor o sobre valores u otros instrumentos financieros referenciados a dichas acciones, deberá comunicar..."*. Visto el tenor literal del artículo 2 de la LMV no cabe duda de que la opción litigiosa está contenida entre los *"instrumentos financieros"* sujetos a dicha ley:

"Artículo 2. Quedan comprendidos en el ámbito de la presente Ley los siguientes instrumentos financieros:

1. Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero.

Se considerarán en todo caso valores negociables, a los efectos de la presente Ley:

a. Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren.

b. Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.

c. Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables.

d. Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.

e. Los bonos de titulización.

f. Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva.

g. Los instrumentos del mercado monetario entendiéndose por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables.

h. Las participaciones preferentes.

i. Las cédulas territoriales.

j. Los warrants y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo

determinada por referencia, entre otros, a valores negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas.

k. Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable

2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

3. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato).

4. Contratos de opciones, futuros, permutas y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.

5. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior de este artículo y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

6. Instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito.

7. Contratos financieros por diferencias.

8. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

....."

El conjunto de las razones expuestas conlleva la desestimación del motivo de impugnación relativo a la falta de tipicidad, pues como se ha visto, de la interrelación de los preceptos citados en las resoluciones impugnadas alguno de los cuales se ha reproducido más arriba resulta que la conducta sancionada constituye una infracción, y que se ha respetado por tanto el principio de tipicidad en el procedimiento administrativo sancionador litigioso.

QUINTO.- Se alega a continuación la falta de culpabilidad: entiende la actora que ha actuado conforme a una interpretación razonable de la norma, y sostiene igualmente el carácter *“cuando menos confuso de la normativa aplicable”*.

La conducta antijurídica debe ser realizada de forma dolosa, o bien ser consecuencia de una negligencia grave en la actuación del sujeto responsable de la misma. La negligencia, a su vez, se debe valorar atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiera incurrido.

La Administración lo ha razonado con detalle y estableciendo con claridad los elementos que ponen de manifiesto la negligencia: señala que no se aprecian en el expediente circunstancias acreditativas de dolo o ánimo de ocultación pero, si de la existencia de una negligencia grave en el cumplimiento de sus obligaciones:

- El recurrente era el administrador de la sociedad cotizada cuyas acciones no fueron objeto de comunicación.
- La LMV exige a éstos un deber especial de diligencia en relación tanto con el conjunto de obligaciones que se les impone a este tipo de sociedades como, específicamente, en relación con la comunicación de sus operaciones sobre los valores de aquellas no limitadas por su importancia por cuantía o umbral ninguno.
- En el supuesto de la operación litigiosa afectó a un número importante de acciones de Astroc, representaban el 5,1% de su capital social.
- La demora en la comunicación fue de cinco meses y solo después de haber sido instado a ello por la CNMV.

Se aprecia por tanto la negligencia grave del actor, y la falta de la alegada interpretación razonable de la norma, no resultando que la norma de aplicación tenga carácter confuso.

En cuanto a la igualmente alegada *“inadecuada calificación de la pretendida infracción”*, el art. 102 de la LMV, establece las sanciones a imponer en supuestos de infracciones muy graves. La Administración, en el ejercicio de su potestad sancionadora y de entre las distintas sanciones posibles atendiendo a la naturaleza de la infracción cometida ha considerado, correctamente, de aplicación en el supuesto de autos la sanción de multa, prevista en la letra a) de dicho precepto.

Se alega la infracción del principio de proporcionalidad, y a fin de examinar tal alegación se comprueba que la norma ha previsto la posibilidad de imponer una sanción de hasta 300.506,05 euros, de acuerdo con las reglas que para su cálculo recoge éste (en la redacción vigente a la fecha de comisión de la infracción).

Las circunstancias previstas por la LMV para la graduación de las sanciones son:

- “a) La naturaleza y entidad de la infracción.*
- b) La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.*
- c) Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*

- d) *La importancia de la entidad de crédito correspondiente, medida en función del importe total de su balance.*
- e) *Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.*
- f) *La circunstancias de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.*
- g) *En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel ilegalmente exigido.*
- h) *La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los último cinco años”.*

La Sala debe confirmar en primer lugar la valoración que hace la Administración respecto a que estas circunstancias no constituyen un sistema de agravantes y atenuantes “al estilo del Código Penal” sino que la LMV recoge “una relación de circunstancias o criterios de dosimetría punitiva que, en función de su incidencia en los hechos objeto de reproche, deben determinar el tipo y grado de sanciones a imponer”.

La Administración ha excluido razonada y razonablemente las circunstancias relativas a la ausencia de perjuicios a terceros, la falta de ganancias obtenidas y el no derivarse consecuencias desfavorables para el sistema financiero, porque efectivamente no tienen incidencia en el tipo infractor.

No son aplicables teniendo en cuenta quién es el responsable de la infracción las circunstancias relativas a la importancia de la entidad o las dificultades para alcanzar el nivel de recursos propios. Y no ha tenido lugar la circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.

La CNMV entendió que la “única circunstancia que puede atemperar en cierto modo la graduación de la sanción” ha sido aquella relativa a no haber sido anteriormente sancionado por vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, y como agravante “la circunstancia de la especial naturaleza y entidad de la infracción cometida” dado que la no comunicación de una información como la litigiosa, junto con la circunstancia de que era el accionista de control de la sociedad impidió que el mercado y la CNMV conocieran que Rayet, que había entrado en el accionariado de Astroc al adquirir el 5,1% del capital, tenía a su disposición un instrumento financiero que le facultaba su salida en corto espacio de tiempo mediante la exigencia de la recompra de la participación por CV Capital

En las circunstancias descritas es plenamente conforme a derecho y respetuoso con el principio de proporcionalidad el acto administrativo que impone la sanción en el grado medio.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

SEXTO- 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 Contenciosa Administrativa.

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

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por don E.B.C. contra la Resolución dictada por el Ministro de Economía y Hacienda el día 7 de julio de 2009 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos, por su conformidad a derecho, así como la Orden del mismo Ministerio de 22 de abril de 2009 de la que trae origen por ser conformes a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.