

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE MARZO DE 2009

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recuso nº: 238/08
Ponente: Dna. Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de abril de 2008 que confirma en reposición otra del mismo Ministerio de 7 de febrero de 2008.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cinco de marzo de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número 238/08, se tramita a instancia de Don F.M.A., representado por la Procuradora Dña. L.S.Q., contra Orden Ministerial del Secretario de Economía, por delegación del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 16 de abril de 2008, sobre sanción por infracción en materia de Mercado de Valores (uso de información privilegiada); y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado; siendo la cuantía del mismo 600.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó 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 en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que:

1. Se anule y deje sin efecto la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 7 de febrero de 2008, por la que se acordó imponer a mi representado la sanción pecuniaria de 600.000 euros, así como la Resolución de 16 de abril de 2008 dictada por el Subdirector General de Recursos Reclamaciones y Relaciones con la Justicia del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se confirma aquella en reposición.

2. Subsidiariamente se reduzca la sanción impuesta por la presunta infracción en la cantidad que resulte de aplicar en su caso el valor de 0,34 euros por acción, debiendo además imponerse en un importe inferior al quíntuplo del supuesto beneficio bruto obtenido, minorándose la sanción de 60.000 euros ya impuesta a mi representado en el primer expediente sancionador, con declaración expresa de la improcedencia de una nueva publicación de la sanción en el BOE".

TERCERO.- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, y solicitando, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos la desestimación del recurso.

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

QUINTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 3 de marzo de 2.009 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden Ministerial de 16 de abril de 2008, dictada por el Ministro de Economía y Hacienda, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por Don F.M.A. contra la Orden del mismo Ministro de 7 de febrero de 2008 por la que se acuerda:

"Imponer a Don F.M.A., por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2 letra a) del mismo texto legal, consistente en la adquisición de 1.000.000 acciones de JAZZTEL, PLC el 21 de septiembre de 2004, disponiendo de información privilegiada relativa a dicha sociedad emisora, una multa por importe de 600.000 euros (seiscientos mil euros)".

La resolución administrativa impugnada trae su causa del expediente sancionador incoado al hoy recurrente por el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 19 de abril de 2007 y puso fin al referido expediente sancionándole como autor de una infracción muy grave tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1988, consistente en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 81.2 de la propia Ley del Mercado de Valores, 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 la Ley 24/1988.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por el recurrente pueden resumirse como sigue: frente a lo resuelto en el anterior expediente sancionador, en este caso, existe un elemento diferencial, la compra respondió a una orden genérica de compra de acciones de dicha compañía dada el día 21 de junio de 2004, antes de que se iniciara la inversión de Don L.F.P. en la compañía citada; todas las adquisiciones de acciones por el actor en el periodo relevante deberían haber sido consideradas como hechos constitutivos de una misma infracción única y continuada, lo que debiera haber impedido la imposición de una nueva sanción. Se ha infringido por tanto el principio ne bis in idem. Se alega igualmente, que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, y que en todo caso debe minorarse la sanción impuesta en el importe de la que se impuso en el anterior expediente sancionador, no debiendo publicarse en el BOE la sanción objeto de este recurso.

El Abogado del Estado ateniéndose a la fundamentación jurídica de la resolución impugnada solicita la desestimación del presente recurso y la confirmación de la sanción impuesta.

Constituye un antecedente inmediato de esta sentencia la dictada por esta Sala y Sección el día veinte de noviembre de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 217/06, tramitado a instancia de Don F.M.A., contra Orden Ministerial del Secretario de Economía, por delegación del Vicepresidente Segundo del Gobierno y

Ministro de Economía y Hacienda de fecha 10 de mayo de 2006, sobre sanción por infracción en materia de Mercado de Valores (uso de información privilegiada).

TERCERO.- Se declaran probados los siguientes hechos, igualmente declarados como tales por la Orden del Ministro de 7 de febrero de 2008.

1º) Entre los días 21 y 24 de septiembre de 2004 se registraron en la CNMV las siguientes comunicaciones de Hechos Relevantes realizadas por la entidad JAZZTEL, PLC (sociedad holding británica que controla un grupo de sociedades dedicadas a la prestación de servicios de telecomunicaciones, transmisión de datos e Internet en España y cuyas acciones se negocian en el Mercado Continuo desde finales del año 2000):

- Día 21 de septiembre, 14:46 horas. JAZZTEL informa de la solicitud a la CNMV de la suspensión cautelar de la negociación de sus valores por el alto volumen de negociación alcanzado esa mañana. Asimismo informa que mantenía negociaciones preliminares con diversos inversores de cara a incorporar nuevos socios a su accionariado y que continua considerando posibles operaciones corporativas.

- Día 22 de septiembre, 18:00 horas. JAZZTEL reitera la información de que está estudiando la entrada de algún inversor no industrial, así como posibles operaciones corporativas industriales y, en concreto, que, *"Dichas inversiones podrían instrumentarse mediante la realización por JAZZTEL de una ampliación de capital, la emisión de bonos convertibles y/u otros instrumentos que otorguen el derecho a suscribir acciones de la Sociedad, en todo caso en un porcentaje no superior al 25% del capital. En este sentido la entrada de dichos socios no industriales no supondría el lanzamiento de una oferta pública de adquisición. Asimismo, continua considerando posibles operaciones corporativas, fusiones y/o adquisiciones, con socios que pudieran aportar un impulso de tipo tecnológico, financiero o comercial a su negocio"*; reiterando que no se había llegado a ningún acuerdo concreto.

- Día 23 de septiembre, 10:50 horas. La indicada sociedad informó que *"ha alcanzado un principio de acuerdo con Don L.F.P. en relación de la toma de una participación por este último, directamente o a través de un vehículo inversor, en el capital. La operación se instrumentaría a través la suscripción de una ampliación de capital dineraria con exclusión del derecho de suscripción preferente mediante la emisión de un número de acciones equivalente al 24,9% del capital social... El principio de acuerdo está sujeto a la redacción y acuerdo de las partes... Está previsto que en las próximas horas se podrá hacer un anuncio definitivo en un sentido u otro (...)*.

- Día 24 de septiembre, 10:02 horas. La referida sociedad informa que *"Don L.F.P., empresario y fundador de Telepizza, ha adquirido el 24,9% de JAZZTEL (...). La operación se cerró ayer por un montante de 61,8 millones de euros. Esta inversión se instrumentalizará en los próximos días mediante una ampliación de capital con exclusión del derecho de suscripción preferente y una emisión de bonos convertibles.*

La ampliación de capital, acordada por el Consejo de Administración de JAZZTEL en ejercicio de las facultades delegadas por la Junta General, se realizará por un importe de 48,1 millones de euros, a un precio de 0,256 euros por acción. La ampliación otorgará a

don L.F.P. el 24,9% del capital emitido a la fecha del acuerdo. Los bonos convertibles, suscritos por un importe de 13,8 millones de euros, devengarán un interés anual del 3,75% con pago semestral de cupón en efectivo o en especie a elección de la inversión, siendo el precio de conversión de 0,256 euros por acción. La conversión es libre a opción del inversor a condición de que su participación tras la conversión no supere el 24,9% del capital emitido.

Por lo que respecta a los bonos convertibles actualmente en circulación, se podría producir un ajuste del precio de conversión de los bonos convertibles que estaría en función de la diferencia, en su caso, entre el tipo de emisión de las nuevas acciones (0,256 euros) y la media aritmética de los precios de cierre de la acción de JAZZTEL calculada sobre un intervalo de quince sesiones consecutivas de negociación en el Nuevo Mercado a seleccionar por JAZZTEL dentro de las últimas 20 sesiones de negociación anteriores a la fecha de emisión de las nuevas acciones.

Con este acuerdo don L.F.P. se introduce en el mercado de las telecomunicaciones y accede a los órganos de decisión de la operadora, con tres representantes en el Consejo de Administración de JAZZTEL (no superando un tercio de los consejeros) (..) ".

2º) Dicho acuerdo fue precedido de los acontecimientos que aparecen en la Orden Ministerial, resultan del expediente, y fueron declarados probados en la sentencia dictada por esta Sala el día 20 de noviembre de 2006:

- 9 de agosto de 2004: don C.S, Director Financiero y Secretario del Consejo de Administración de JAZZTEL mantiene una conversación telefónica con don E.F.V. en la que le sugiere que sería de interés de JAZZTEL contactar con don L.F.P. para ofrecerle la posibilidad de invertir en la compañía. JAZZTEL considera interesante esta iniciativa dadas las declaraciones públicas de don L.F.P. sobre su interés en invertir en empresas españolas cotizadas.

En relación con ello, y según ha manifestado don F.I.C., en los primeros días del mes de agosto de 2004 -no sabe precisar fecha pero sería entre el día 5 y el 10 de dicho mes- recibe llamada telefónica de don E.F.V. quien, conocedor de la relación personal de amistad que mantiene acuerdo con ello, don F.I.C comenta con don L.F.P. el contenido de dicha conversación telefónica y promueve una reunión para el día 13 de agosto en Palma de Mallorca entre representantes de JAZZTEL y don L.F.P..

- 12 de agosto de 2004: El Departamento de Desarrollo Corporativo de JAZZTEL prepara para don L.F.P. una presentación de la compañía basándose en información pública, para servir como base de discusión para la reunión planeada para el día 13 de agosto.

- 13 de agosto de 2004: En un almuerzo celebrado en Palma de Mallorca, don C.S., en representación de JAZZTEL, le plantea a don L.F.P. la posibilidad de que invierta en JAZZTEL. En dicha reunión, a la que asiste también don F.I.C. y en la que básicamente se trata de dar a conocer JAZZTEL a don L.F.P., sólo se habla de la posibilidad de inversión, sin concretar el importe ni el precio de una posible emisión de nuevas acciones ni la estructura (capital o deuda); don L.F.P. queda en contactar con don C.S. en las siguientes

semanas si decide que existen razones suficientes para analizar la compañía en más detalle.

- 25 y 26 de agosto de 2004: El asesor legal de don L.F.P., don J.O.M., inicia los estudios de una posible inversión en JAZZTEL.

- 27 de agosto de 2004: don R.Q., asesor financiero de don L.F.P., solicita por teléfono a don C.S. información acerca de la sociedad JAZZTEL. Dicha conversación concluye con el envío a don R.Q. de la siguiente documentación: a) borrador de acuerdo de confidencialidad, b) anuncios de prensa y presentaciones públicas de los últimos años y trimestres sobre la evolución operativa y financiera de JAZZTEL.

- 6 de septiembre de 2004: Primera reunión entre el equipo de don L.F.P. (en concreto su asesor legal -don J.O.M.- y su asesor financiero -Don R.Q.-) y la Dirección Ejecutiva de JAZZTEL (concretamente el Consejero Delegado y el Director Financiero). En dicha reunión se comenta la información financiera enviada y la situación actual de la compañía, y el equipo de don L.F.P. pide a JAZZTEL información adicional

Según ha manifestado don L.F.P., *"en estos momentos se estaba hablando de una inversión por mi parte de 75 a 20 millones de euros, que representaba entorno a un 10% del capital social de JAZZTEL, y el precio sería el de mercado, tomando en cuenta la media de los últimos veinte días"*.

- 10 de septiembre de 2004: Reunión en el domicilio personal de don E.F.V. a la que asisten él mismo, don F.M.A. y don F.I.C., así como don L.F.P. y sus asesores don J.O.M. y don R.Q.. En dicha reunión se tratan, de forma general, aspectos relacionados con el sector de las telecomunicaciones y con las actividades de JAZZTEL. Don E.F.V. y don F.M.A. se manifiestan a favor de una posible inversión de don L.F.P. en JAZZTEL y se ofrecen a colaborar en dicho sentido; asimismo muestran su interés en participar en una posible inversión en JAZZTEL junto con don L.F.P.

- 13 de septiembre de 2004: don J.O.M., en representación de don L.F.P., firma el Acuerdo de Confidencialidad con JAZZTEL en relación con la posible operación de inversión de don L.F.P..

- 14 de septiembre de 2004: Reunión entre JAZZTEL y don F.I.C. que se interesa por la marcha de las conversaciones. En dicha reunión, se discute sobre los términos de un contrato de prestación de servicios entre Chrysalis, S.A., compañía representada por don F.I.C., y JAZZTEL. Dicho contrato, que contemplaba la realización por Chrysalis, S.A. de labores de contacto, coordinación y asistencia en las negociaciones con don L.F.P., nunca llegó a suscribirse, pues los servicios en el contemplados no llegaron a ser necesarios al disponer ambas partes (JAZZTEL y don L.F.P.) de sus propios equipos que fueron las que llevaron directamente las negociaciones.

- 15 y 16 de septiembre de 2004: Tienen lugar sendas reuniones en el Hotel Wellington de Madrid. En dichas reuniones se hace una presentación sobre la compañía JAZZTEL informando sobre su situación financiera, su posicionamiento dentro del sector en comparación con los competidores, y los planes estratégicos para el futuro. En relación con dichos planes a futuro, y según ha manifestado JAZZTEL, en dicha presentación "se

evalúan diferentes: escenarios hipotéticos de crecimiento y los recursos financieros necesarios para lograr dicho crecimiento. Según los diferentes escenarios el importe para un crecimiento acelerado sería alrededor de 50 millones de euros y en el caso de una posible emisión de nuevas acciones el precio sería el de mercado".

Aunque la información trasladada por JAZZTEL en dichas reuniones fue considerada a nivel interno de la compañía como privilegiada, no se advirtió a ninguno de los asistentes a las mismas de la confidencialidad de dicha información. No obstante, con fecha 13 de septiembre, anterior a dichas reuniones, se había firmado un acuerdo de confidencialidad entre JAZZTEL y don L.F.P..

A estas reuniones asisten, además de don L.F.P. y sus asesores y personal directivo de JAZZTEL, don F.I.C., don E.F.V. y don F.M.A.

A la vista de las presentaciones realizadas, don L.F.P. comienza a plantear la posibilidad de invertir una cantidad cercana a los 62 millones de euros, equivalente al 24,9% de la compañía.

- 20 y 21 de septiembre de 2004: Tienen lugar varias reuniones con miembros del Comité de Dirección de JAZZTEL. En las mismas no se habla ni del importe, ni del precio de una posible emisión de nuevas acciones ni de la estructura (capital o deuda).

El 21 de septiembre, a las 12:45 horas, la CNMV acuerda suspender la negociación de los valores de JAZZTEL.

A las 14:46 horas, JAZZTEL presenta el Hecho Relevante a que se ha hecho referencia en el punto 1) del apartado Primero anterior (Hecho Relevante nº 52841).

- 22 de septiembre de 2004: A las 18:00 horas JAZZTEL presenta el Hecho Relevante a que se ha hecho referencia en el punto 2) del apartado Primero (Hecho Relevante nº 52870).

- 23 de septiembre de 2004: a las 10:50 horas JAZZTEL presenta el Hecho Relevante a que se ha hecho referencia en el punto 3) del apartado Primero anterior (Hecho Relevante nº 52877) y "*dado el volumen anormal de transacciones en bolsa realizado el pasado día 22 solicita del CNMV que mantenga la suspensión de la cotización con el fin de evitar perjudicar las negociaciones que se están llevando a cabo y, especialmente con el fin de evitar posibles perjuicios a los accionistas minoritarios que no disponen de la información necesaria para tomar sus decisiones de inversión*".

- 24 de septiembre de 2004: JAZZTEL presenta, a las 10:02 horas y a las 17:54 horas, los dos Hechos Relevantes a que se ha hecho referencia en los puntos 4) (Hecho Relevante nº 52895) y 5) (Hecho Relevante 52903) del apartado Primero anterior.

La CNMV decide levantar la suspensión de la negociación de los valores de JAZZTEL con efectos desde las 12:00 horas.

3º) Los incrementos de la cotización y los volúmenes negociados en las sesiones anteriores y posteriores a los Hechos Relevantes relacionados con la inversión significativa

por parte de don L.F.P. se detallan también en la propia resolución administrativa (20 de septiembre de 2004 el precio de cierre de la acción era 0,25 con un volumen negociado de 1.126 acciones hasta el 1 de octubre de 2004 cuyo precio de cierre fue de 0,40 con un volumen negociado de 18.742 acciones.

4º) A nombre de UBS AG (Zurich) se realizó a través de UBS SECURITIES ESPAÑA S.V. una operación de compra de un millón de acciones de JAZZTEL en efectivo (260.000 euros) al precio de 0,26 euros, referencia de registro 904092160920975 el día 21 de septiembre de 2004.

Solicitada por la CNMV información a la SFBC por este organismo se comunica que Ferrier Lullin & Cie. compró un millón de acciones de JAZZTEL el día 21 de septiembre de 2004 al precio de 0,26 euros por acción, por un precio total de 260.000 euros. Que la compra se efectúa para la cuenta cuyos propietarios y beneficiarios finales son don F.M.A. y su esposa.

El banco suizo señala que la compra se realizó por iniciativa del hoy actor, orden dada el día 21 de septiembre de 2004, información documentada en el banco por nota manuscrita del gestor de la cuenta en el documento impreso con la transacción, según una llamada telefónica del interesado, llamada que no está grabada o confirmada por escrito al disponer el banco de una renuncia firmada por su cliente para órdenes telefónicas. El interesado alega que la operación se decidió en el marco de un plan de inversión adoptado antes del 9 de agosto de 2004.

5º) Existe en el expediente constancia de las reuniones y conversaciones telefónicas mantenidas por el recurrente y don E.F.V. (ambos miembros del Consejo de Administración de la sociedad FAES) en relación con la posible inversión de don L.F.P. así como de la reunión mantenida el 10 de septiembre de 2004, a invitación de don E.F.V., a un desayuno en casa de éste último en donde le fue presentado a don L.F.P.. En dicha reunión, en la que según el propio demandante manifestara, don L.F.P. estaba acompañado por varios asesores, duró entre 30 y 60 minutos, se trató de una reunión informal en la que don L.F.P. hizo preguntas sobre JAZZTEL y su sector que dichos asistentes se vieron incapaces de contestar, por lo que pareció conveniente contactar con la dirección de dicha entidad para pedir una reunión de presentación del sector y de la empresa JAZZTEL, hasta que el 15 de septiembre de 2004 se produce un nuevo contacto, esta vez una reunión en la que están presentes los equipos de don L.F.P. y de JAZZTEL, además del recurrente y don E.F.V., habiendo manifestado, entre otros extremos, el recurrente que se dio una información exhaustiva del sector en España, Europa, competidores, así como información histórica de JAZZTEL desde sus inicios hasta la actualidad, emplazándose a los asistentes para el día siguiente, al objeto de continuar con la presentación visual, lo que tuvo lugar el día 16 de septiembre de 2004 (reunión en la que según la información aportada por JAZZTEL, esta sociedad señala que se entregó una copia de la documentación a todos los asistentes, extremo éste que es negado en su declaración por el hoy recurrente).

Y con respecto a que en las reuniones de los días 15 y 16 de septiembre se empezara a plantear la posibilidad de que don L.F.P. invirtiera una cantidad equivalente al 24,9% de la compañía y cercana a los 62 millones de euros el hoy recurrente manifestó en sede administrativa, que no tenía constancia de que se mencionaran cifras ni en términos absolutos ni relativos de una eventual inversión, al menos delante de él. En esas reuniones, a

su decir, sólo se comentó la evolución pasada y presente de JAZZTEL y del sector; amén de señalar que en ningún momento se le indicó el carácter confidencial de la información transmitida, ni se habló de compromisos de confidencialidad de los asistentes, ni de su condición de iniciado.

CUARTO.- En cuanto a la primera cuestión planteada, relativa a la alegación actora de que la compra litigiosa se enmarca, no en el uso de información privilegiada, sino en la orden de compra que dio el día 21 de junio por tres millones de acciones esta Sala comparte las apreciaciones de la Administración, recogidas en los folios 28 a 30 de la Orden ministerial impugnada. Recibida la orden de 21 de junio fue ejecutada entre el 22 y el 29 de junio, y no hicieron más compras entre esa fecha y el día 21 de septiembre, pese a que en esos meses se negociaron acciones según tabla recogida en el folio 29 de dicha Orden Ministerial, hecho no negado ni impugnado por el recurrente. Igualmente abunda sobre esta conclusión el hecho de que la información fue remitida inicialmente por la SFBC sin identificar al interesado.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

QUINTO.- El motivo nuclear del recurso se centra en la circunstancia de que las distintas adquisiciones de acciones de JAZZTEL por el actor, en el periodo del mes de septiembre de 2004, constituyen una única infracción continuada que debió ser sancionada como tal una única vez.

El actor se ampara en lo previsto en el art. 4.6 apartado segundo del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora según el cual:

"asimismo, será sancionable como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión".

Señala que se cumplen los tres requisitos: identidad subjetiva, un solo sujeto es el infractor en todas las ocasiones, varias infracciones y todas las acciones infractoras se han cometido en ejecución de un mismo plan o aprovechando idéntica ocasión. Según el actor, la propia Administración reconoce este último extremo cuando señala que se trata de alguien que *"conscientemente se aprovecha de una información relevante, que no está en disposición de la generalidad del mercado de valores"*.

La Administración por su parte entiende que no concurren los requisitos para que pueda apreciarse la infracción continuada porque no se cumple el requisito de la proximidad espacial, existe una voluntad específica y diferente para cada compra, para tramitar un único expediente la CNMV, debió conocer todas las compras al mismo tiempo y que dado lo *"sencillo"* de la infracción administrativa, no puede aplicarse la doctrina invocada del derecho penal.

El examen de las actuaciones, teniendo presente la sentencia dictada por esta Sala y Sección el día veinte de noviembre de dos mil seis, pone de manifiesto lo siguiente:

1º El sujeto infractor es el mismo.

- 2° Se tipifica la infracción en la misma norma jurídica.
- 3° Se instruye el expediente por el mismo órgano administrativo.
- 4° Las acciones infractoras son distintas, de distinta fecha.

La cuestión debe abordarse teniendo en cuenta distintos factores y en primer lugar, recordando cual es la regulación del Código Penal, contenida en su artículo 74:

"1. No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.

2. Si se tratare de infracciones contra el patrimonio, se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado. En estas infracciones el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas.

3. Quedan exceptuadas de lo establecido en los apartados anteriores las ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad e indemnidad sexuales que afecten al mismo sujeto pasivo. En estos casos, se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva."

En segundo lugar, hay que tener en cuenta, la interpretación dada por el Tribunal Supremo a este precepto en relación con delitos de contenido patrimonial, por ejemplo en la sentencia de 6 de febrero de 2002:

"Hemos declarado que el delito continuado recoge el mayor contenido del injusto derivado de la constatación de una comisión sucesiva y reiterada de unas conductas agresivas a un mismo bien jurídico, bajo un dolo única y aprovechamiento de idénticas circunstancias. Es obvio que esa conducta, caracterizada por la concurrencia de los presupuestos del delito continuado, merece un mayor reproche penal. De ahí, las especiales previsiones en la penalidad que plantea el art. 74 del Código penal de 1995.

Desaparecidas las connotaciones pietistas que fundamentaron en un principio la aplicación del instituto de la continuidad delictiva, hoy se asume la entidad propia y específica del delito continuado, con independencia de si su aplicación mejora o empeora la consecuencia jurídica (Cfr. STC 89/83 y reiterada jurisprudencia de esta Sala, por todas STS 21.10.91). El delito continuado tiene previstas unas especiales reglas de aplicación de la pena que se contienen en el primer apartado del art. 74 (Cp. 95).

En los delitos continuados contra el patrimonio, la jurisprudencia de esta Sala, ha entendido que la naturaleza de las conductas, plurales pero unificadas, posibilita que el resultado producido sea tenido como un conjunto de las distintas acciones, lo que permite bien la consideración de delitos lo que eran resultados típicos de falta, bien la

consideración de especial gravedad (art. 250.6 Cp) lo que hasta entonces, y teniendo en cuenta el resultado individualizado, no lo era. Esta previsión sobre la consideración conjunta del resultado permite satisfacer el mayor reproche derivado de la naturaleza continuada de las conductas. (SSTS 23. 92.98, 17.3.99).

Consecuentemente, la consideración del total perjuicio causado por varias conductas realizadas en ejercicio de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, satisface, en términos generales, las exigencias penológicas del delito continuado.

En conclusión, son cuatro las posibles consecuencias jurídicas al delito continuado patrimonial. En primer lugar, la consideración de las sucesivas conductas cada una de las cuales determina la aplicación del delito concreto contra el patrimonio y la aplicación de la norma primera del art. 74; en segundo término la consideración conjunta del perjuicio causado, que permitirá, en su caso, declarar delito las acciones, en principio, constitutivas de falta de estafa y declarar de especial gravedad aquellos resultados que analizados individualmente no alcanzan esa agravación. En tercer lugar, cuando las acciones que se integran en el delito continuado, por sí mismas, ya suponen la aplicación de la agravación de especial gravedad, será de aplicación la regla del primer párrafo del art. 74 (Cp. 95). Por última, los mencionados artículos previenen una especial disposición para el denominado delito masa."

Para el enjuiciamiento de esta concreta infracción a la vista de las alegaciones de la actora, debe tenerse en cuenta, que el primer expediente sancionador finalizó mediante resolución de 10 de mayo de 2006. La resolución administrativa trae su causa del expediente sancionador incoado al hoy recurrente por el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 7 de abril de 2005 y puso fin al referido expediente sancionándole como autor de una infracción muy grave tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1988, consistente en el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 81.2 de la propia Ley del Mercado de Valores.

La información de la Swiss Federal Banking Commission (SFBC) llegó a poder de la Administración española el día 22 de agosto de 2006 (la Administración española la había solicitado el día 21 de diciembre de 2004).

Por último, debe valorarse que el hoy actor como igualmente pone de relieve el Abogado del Estado, no prestó su autorización voluntaria para que las autoridades bancarias suizas desvelaran su identidad, incluso recurrió la decisión de comunicar su nombre, lo que retrasó considerablemente la remisión de aquellos datos a las autoridades españolas.

Partiendo de estas consideraciones, la Sala considera que, en un supuesto como el de autos, no es exigible a la Administración que detenga la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador hasta que se aproxime la finalización del plazo de prescripción, que es la tesis del recurrente, a fin de esperar hasta comprobar que no ha cometido más infracciones que pudieran ser sancionadas como infracción continuada. Tal "espera" no es congruente con las exigencias de los derechos del expedientado, sometido a una situación de investigación que puede finalizar al estar completada la instrucción de la misma, y que se alega debió demorarse, por si acaso, se comprobara que había cometido otras infracciones; y tampoco es exigida por el principio de ne bis in idem, máxime

cuando, como es el caso, no ha habido una infracción sino dos. En efecto: si bien la información privilegiada era una, la relativa a los propósitos de adquirir JAZZTEL don L.F.P., y el que la utilizó era una misma persona, el hoy recurrente, el núcleo de la actividad constitutiva de la infracción es su utilización para adquirir acciones y esto tuvo lugar en dos ocasiones distintas, una el día 17 de septiembre de 2004, comprando 100.000 acciones a través de BANKINTER y otra el día 21 de septiembre de 2004, cuando a través de un banco suiza adquiere un millón de acciones.

El artículo 133 LRJPAC establece que *"No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento"*.

La Administración no podrá ejercer su potestad sancionadora sobre aquellos hechos ilícitos que ya hubieran sido objeto de una condena penal impuesta por los órganos del orden jurisdiccional penal o de una sanción administrativa impuesta por otro órgano administrativo. Para que opere la prohibición debe existir una triple identidad: iguales hechos, el mismo infractor y por la misma causa (identidad de fundamento punitivo). La eficacia de este principio es doble: funciona a posteriori, es decir, cuando los hechos han sido ya sancionados, y ex ante, es decir, no se pueden enjuiciar los hechos simultáneamente por los órganos administrativos y jurisdiccionales.

Este principio tiene su fundamento en la Constitución Española, en la que no está expresamente recogido pero, según el Tribunal Constitucional *"va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución"*. Está igualmente vinculada al principio de proporcionalidad porque, como igualmente ha señalado el Tribunal Constitucional *"aplicada una determinada sanción a una específica infracción, la reacción punitiva ha quedado agotada"* el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Constitución).

En este supuesto, el mismo sujeto ha cometido dos infracciones, utilizando la misma información privilegiada para obtener un beneficio económico, pero en fechas distintas y por medios distintos.

Igualmente es relevante examinar la consecuencia que ha tenido la sanción por separado de las dos conductas, comparada con la consecuencia que habría tenido la sanción como infracción continuada de dichas dos conductas. En la sentencia dictada por esta Sala el día veinte de noviembre de dos mil seis, en el recurso contencioso-administrativo número 217/06 se razonó la conformidad a derecho de la imposición de la sanción en su grado máximo, por el quintuplo del beneficio obtenido, en la cuantía de 60.000 euros. Y en el acto administrativo origen de este recurso, se impone la sanción de 500.000 euros, por aplicación del mismo precepto legal.

La consecuencia sancionadora de haber aplicado la técnica de la infracción continuada visto su tratamiento normativo y el desarrollo jurisprudencial de la misma no hubiera sido más favorable al infractor: se recoge un mayor contenido del injusto, por constatarse la comisión sucesiva y reiterada de infracciones, que merece un mayor reproche sancionador. En el caso de la infracción origen de este litigio, consistente en la adquisición de 1.000.000 acciones de JAZZTEL el 21 de septiembre de 2004, disponiendo de información privilegiada relativa a

dicha sociedad emisora, se le impone una multa por importe de 600.000 euros y por la adquisición de 100.000 acciones de JAZZTEL el 17 de septiembre de 2004, disponiendo de información privilegiada relativa a dicha sociedad emisora, una multa por importe de 60.000 euros.

Con arreglo al artículo 102 de la LMV en tal caso "se impondrá ...la sanción recogida en el apartado a) anterior del presente artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 30.050, 61 euros y, además, una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o d) del mismo precepto, según proceda por la condición del infractor", siendo las sanciones previstas en dichos apartados las siguientes:

"a) Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cantidades resultantes: El 5% de los recursos propios de la entidad infractora, el 5% de los fondos totales, propios o ajenos utilizados en la infracción o de 300.506, 05 euros.

b) Suspensión o limitación del tipo o volumen de las operaciones o actividades que pueda realizar el infractor en el mercado de valores durante un plazo no superior a 5 años.

c) Suspensión de la condición de miembro del mercado secundario, oficial o no, correspondiente por un plazo no superior a 5 años.

d) Revocación de la autorización cuando se trate de empresas de servicios de inversión, Entidades Gestoras del Mercado de Deuda Pública o de otras entidades inscritas en los registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores...".

En consecuencia, el enjuiciamiento conjunto de ambas infracciones hubiera llevado a imponer la sanción en el quíntuplo de la suma de los beneficios obtenidos, es decir, se han impuesto por separado dos multas en el mismo importe que resultaría, al menos, por aplicación de la técnica sancionadora de la infracción continuada.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación de este motivo de recurso.

SEXTO.- La actora alega que se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción porque a) el precio de referencia para el cálculo de la sanción es incorrecto y b) la graduación es desproporcionada.

En cuanto a la segunda alegación, ya fue tratada y desestimada por esta Sala en la sentencia citada de 20-XI-2006, y dada la identidad de razones tenidas en cuenta por la Administración para imponer en aquel caso, la sanción de multa en el grado máximo, y de los motivos de impugnación expuestos al efecto por el interesado, procede reproducir lo señalado entonces:

"En el presente caso tratándose de una persona física, resulta aplicable únicamente la sanción de multa prevista en el primero de los apartados que se acaban de transcribir y que en este caso ha sido impuesta por la Administración en el máximo (quíntuplo del beneficio obtenido), esto es de 60.000 euros, graduación acorde, también a juicio de la

Sala, con el invocado principio de proporcionalidad y, concretamente a la vista de las circunstancias agravantes que concurren en el presente caso: en primer término la referente a "las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones de los actos constitutivos de la infracción" (letra c) del artículo 14 de la LDIEC), siendo destacable la relevancia del beneficio concretamente obtenido tanto en términos absolutos (12.000 euros) como en términos relativos o porcentuales (rentabilidad sobre la inversión realizada de un 46,15 euros en siete días); y en segundo término, no cabe duda que merece un juicio de mayor reprochabilidad y, por tanto una mayor entidad de la infracción o especial gravedad (letra a) del artículo 14 precitado) la condición del sujeto infractor, en este caso Consejero Independiente de dos sociedades cotizadas y miembro de sus respectivas Comisiones de Auditoría y Control, y Nombramiento y Retribuciones, siéndole exigible, en atención a su particular posición, un escrupuloso respeto dado su especial conocimiento de las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, muy especialmente aquellas destinadas a salvaguardar o preservar dicho mercado de conductas abusivas en aras, en definitiva, de la protección de los inversores."

Se alega por el recurrente que el precio de referencia debió ser el de cierre de la sesión del día 24 de septiembre de 2004 en vez de "el precio de las acciones en el momento en que el mercado ya había asimilado los efectos de la inversión de don L.F.P. en JAZZTEL".

La CNMV recoge como hecho probado, y no ha sido impugnado ni negado por el interesado, que la venta del millón de acciones, se llevó a cabo parcialmente en diferentes fechas, en su mayoría alejadas de las fechas del 21 al 24 de septiembre de 2004, y se mantienen en parte el día 31 de diciembre de 2006, por lo que procede calcular el beneficio que le reporta su actuación por la diferencia entre el precio de adquisición y un precio de referencia. En este caso la Administración ha tenido en cuenta la plusvalía latente a la fecha de cierre, el 24 de septiembre de 2004, en que puede entenderse razonablemente incorporado al valor de la acción el efecto de la publicación de la información correspondiente, que resulta ser de 0,38 euros por acción.

El examen del listado de las ventas del millón de acciones, y los precios de venta, pone de manifiesto que, en general, tal referencia no hace sino beneficiar al actor, y esta Sala considera que, en el marco legal en que se tipifica la infracción por la que se sanciona, el criterio utilizado por la Administración es razonable, proporcional y conforme a derecho.

SEPTIMO.- Se alega finalmente que debe minorarse la sanción impuesta en el importe de lo satisfecho en el primer expediente, y que no procede publicar nuevamente en el BOE la sanción correspondiente a una infracción continuada.

Dando por reproducidos los razonamientos expuestos en relación con la improcedencia de sancionar en este caso concreto las dos infracciones como una infracción continuada, resulta evidente, en cuanto a la primera sanción de multa, que la misma no puede deducirse del importe de la actual, ni su deducción sería la consecuencia, aún de estimarse la pretensión actora de sanción como infracción continuada.

Por las mismas razones, el conocimiento público que impone la Ley, exige que al haberse cometido dos infracciones, y con independencia de cual sea la extensión de la sanción de multa, se haga público, que el sujeto infractor utilizó la información privilegiada en dos ocasiones, con la correspondiente consecuencia sancionadora.

De todo lo anterior se deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

OCTAVO.- No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don F.M.A., contra la Orden Ministerial de 14 de abril de 2008 dictada por el Ministro de Economía y Hacienda, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos mandamos y firmamos.