

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE ABRIL DE 2011

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº** 1/10  
**Ponente:** Doña Concepción Mónica Montero Elena  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio Economía y Hacienda de 2 de noviembre de 2009  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a trece de abril de dos mil once.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Don F.R.A. y en su nombre y representación el Procurador Don J.G.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 2 de noviembre de 2009, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso 31.103 euros.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Don F.R.A. y en su nombre y representación el Procurador Don J.G.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 2 de noviembre de 2009, solicitando a la Sala, anule la Resolución impugnada y con ella la sanción impuesta.

**SEGUNDO.-** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

**TERCERO.-** Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día doce de abril de dos mil once.

**CUARTO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 2 de noviembre de 2009 que sanciona al recurrente 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 acciones de "Inmobiliaria Colonial,

S.A." y "Société Fonciere Lyonnaise, disponiendo de información privilegiada relativa a dichas sociedades, una multa por importe de 31.103 euros.

**SEGUNDO.-** Los hechos que en lo que interesa han sido declarados probados por la Administración, y que la Sala asume, son los que siguen:

1. El recurrente era, en el momento de los hechos, Director General Adjunto de Caixa Holding, y concedor de la operación que Grupo Inmocaral, S.A. preparaba para adquirir la participación de Grupo La Caixa en Inmobiliaria Colonial, S.A. Si bien la Administración fija el momento en que el recurrente tuvo conocimiento de tales hechos fue el 1 de junio de 2006, consta por la prueba testifical practicada a propuesta del propio actor, que el conocimiento de los hechos lo tuvo el 2 de junio de 2006.
2. El 2 de junio de 2006 el recurrente adquirió acciones de Inmobiliaria Colonial y de Société Fonciere Lyonnaise.

**TERCERO.-** Decíamos en nuestra sentencia de 21 de enero de 2008:

*"CUARTO.- Considera la parte recurrente que el expediente ha caducado por el transcurso del tiempo, pues desde la incoación del expediente hasta su resolución definitiva ha transcurrido más de 1 año, lo que conlleva que la Resolución sea nula de pleno derecho.*

*El artículo 2.1 del RD 2119/1993, de 3 de diciembre, que regula el Procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, indica que el plazo total para tramitar y resolver el procedimiento sancionador será de un año a contar desde la adopción del acuerdo de iniciación.*

*En nuestro caso, el acuerdo de incoación del expediente sancionador fue adoptado por el Consejo de la CNMV en su reunión de 22 de septiembre de 2003 (folio 1 del expediente administrativo), luego esa es la fecha inicial del cómputo del plazo de prescripción.*

*El artículo 2.2 del RD 2119/1993 añade que tanto el plazo total como los parciales que establece puedan ser ampliados, según lo previsto en el apartado 1 del artículo 49 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), debiéndose notificar la decisión adoptada a los interesados. El artículo 49.1 LRJPAC permite, en efecto, una ampliación de los plazos establecidos, que no excederá de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican intereses de terceros, insistiendo en el requisito de la notificación del acuerdo de ampliación a los interesados.*

*El Consejo de la CNMV acordó el 17 de junio de 2004 la ampliación del plazo para tramitar y resolver el procedimiento sancionador por otros 6 meses (folios 784 a 787 y 789 a 797 del expediente administrativo), lo que se notificó oportunamente a los recurrentes. Se cumplieron igualmente los requisitos de que la ampliación no excediera de la mitad del plazo y de la concurrencia de circunstancias que aconsejaran la ampliación, explicadas en el Acuerdo y consistentes en la necesidad de comprobar las alegaciones efectuadas al pliego de cargos acerca de haber sido regularizados gran parte de los hechos imputados.*

*La parte actora, sin embargo, encuentra que la ampliación es contraria a derecho, pues en su interpretación del artículo 49.1 LRJPAC llega a la conclusión de que el mismo no faculta a la Administración a conceder un plazo de ampliación de los expedientes. Tal tesis no es compartida por la Sala, porque el artículo 49.1 LRJPAC, al referirse a la ampliación de los plazos, expresamente indica que la dicha ampliación podrá concederse "...de oficio..." o a petición de los interesados."*

Esta doctrina es aplicable al supuesto de autos, en que también se produce la ampliación del expediente por acuerdo del Comité Ejecutivo de 23 de abril de 2009, a propuesta motivada del los instructores.

El artículo 81.2 de la Ley 24/1988, en su apartado a), impide la realización de operaciones mediante el uso de información privilegiada.

Efectivamente, el mencionado precepto, dispone: "2. Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera a uno o varios valores y a uno o varios emisores de valores, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre la cotización de tales valores.

*Todo el que disponga de alguna 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 en el mercado sobre los valores a los que la información se refiere..."*

Pues bien, en el presente caso la información relativa a la oferta de compra reúne los requisitos para calificarla como privilegiada, en cuanto: 1.- era concreta, 2.- se refería a valores cotizados en bolsa, 3.- no se había hecho pública, 4.- podía influir en la cotización de los valores.

En cuanto a la sociedad francesa se ve afectada, como correctamente razona la CNMV, de manera sobrevenida por un cambio accionarial en la matriz, por ello se ve también afectada por la información privilegiada.

El artículo 81.2 a) de la LMV impone la obligación a quienes dispongan de "información privilegiada" de abstenerse de realizar determinadas conductas, entre otras, la de "realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables... a los que la información se refiera", explicitando, además, que ello es aplicable a "cualquier persona que posea dicha información privilegiada cuando dicha persona sepa, o hubiera debido saber, que se trata de esta clase de información". Por tal clase de información ("información privilegiada") ha de entenderse, según la definición legal que se contiene en el artículo 81.1 de la propia LMV, "toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o a uno o varios emisores de los citados valores negociables, 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 núcleo de la infracción controvertida radica en el concepto de "información privilegiada", cuya definición legal acabamos de transcribir y cuyas notas características, como hemos venido declarando, pueden sintetizarse en las siguientes: a) ha de ser concreta; b) ha de referirse a valores negociables o a un emisor de dichos valores; c) no ha de ser pública; y d) ha de ser capaz de influir o tener efectos apreciables en el precio de los valores a que se refiera.

Pues bien, y partiendo de la anterior relación de hechos probados –que el recurrente en ningún momento ha desvirtuado- así como de las consideraciones efectuadas en la Orden Ministerial impugnada, -que el recurrente pese a su notable esfuerzo dialéctico tampoco ha podido desvirtuar- la Sala ha de ratificar la correcta calificación jurídica de la conducta del recurrente.

En cuanto a la prueba en que tales hechos se basan, es bien sabido que la prueba de indicios es admisible siempre que de los hechos declarados probados resulte como consecuencia necesaria el que se afirma cierto en base a los mismos, y sin que sea posible una explicación alternativa plausible.

Por más que la recurrente afirme que su comportamiento al adquirir los valores que nos ocupan no respondió a información de la que disponía, de la secuencia de hechos resulta todo lo contrario. Efectivamente, la actora a partir del 2 de junio -con total seguridad, aunque pudiera ser antes -, sabía de las negociaciones y las probabilidades de éxito de la operación. Por ello, el adquirir acciones, de forma no acostumbrada, de las entidades afectadas, en el momento en el que se llevan a cabo negociaciones, son indicios claros del uso en la adquisición de acciones de la concreta información obtenida por el recurrente en el proceso negociador.

Debemos pues afirmar que de los hechos probados resulta la consecuencia, de forma indubitada, de que el comportamiento de la actora se debió a la información concreta obtenida.

El uso de la información privilegiada viene referido a la adquisición de acciones.

En cuanto a la intencionalidad, la actora viene obligada por el desempeño de su cargo a conocer las prohibiciones legales, entre ellas, el uso de información privilegiada, así como a adoptar las cautelas necesarias para el cumplimiento de las normas. Existe pues el elemento subjetivo en cuanto la adquisición de acciones se realizó de forma voluntaria contraviniendo una prohibición legal que el recurrente tenía obligación de conocer.

**CUARTO.-** En relación a la sanción impuesta, con arreglo al artículo 102 de la LMV en tal caso:

*“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”*

1. 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 obtenido tanto en términos absolutos (la diferencia entre el precio de adquisición, y el precio al cierre de la sesión) como en términos relativos o porcentuales (rentabilidad sobre la inversión realizada). El artículo 14 a) de la Ley 26/1988 no exige que las ganancias se hayan realizado, ya que al referirse a ganancias obtenidas permite incluir las ganancias latentes aún cuando su valor no haya sido realizado -lo que no impide que se realicen posteriormente -.
2. 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 miembro de un consejo de administración de una de las sociedades y Director General Adjunto de una de las entidades implicadas en la operación a que la información se refiere, 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.

Por ello es correcta la aplicación de las agravantes que justifican la imposición de la sanción en su grado máximo.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso.

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 desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Don F.R.A. y en su nombre y representación el Procurador Don J.G.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 2 de noviembre de 2009, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de 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.