

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE ENERO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 2513/2009
Ponente: don Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto Impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 5 marzo de 2009.
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veintiocho de Enero de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2513/2009 interpuesto por Don F.M.A., representado por la Procuradora D^a. M.L.S., contra la sentencia dictada con fecha 5 de marzo de 2009 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso 238/2008, sobre sanción en materia de mercado de valores; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Don F.M.A. interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 238/2008 contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de febrero de 2008, confirmada en reposición el 16 de abril siguiente, que acordó:

"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 24/1988, 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)".

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 23 de octubre de 2008, el recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "por la que:

- (i) Se anule y deje sin efecto la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha de 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 aquélla en reposición.
- (ii) 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 contestó a la demanda por escrito de 3 de diciembre

de 2008, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de marzo de 2009, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: 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."

QUINTO.- Con fecha 4 de junio de 2009 Don F.M.A. interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2513/2009 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "incongruencia omisiva y falta de la necesaria motivación".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 4.6 del RPEPS, del artículo 133 de la LRJPAC y del artículo 25 de la CE, así como de la jurisprudencia dictada en su aplicación".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales y, en concreto, la valoración de la prueba".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del artículo 131.3 de la LRJPAC, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación del principio de proporcionalidad".

SEXTO.- Por escrito de 5 de marzo de 2010 el Abogado del Estado se opuso al recurso y suplicó la confirmación de la sentencia impugnada con imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 11 de octubre de 2012 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 15 de enero de 2013, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Campos Sánchez-Bordona, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala

de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de marzo de 2009, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Don F.M.A. contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de febrero de 2008, confirmada en reposición el 16 de abril siguiente, que le impuso una multa de seiscientos mil euros tras considerarle culpable de una infracción muy grave tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2, letra a), del mismo texto legal. La conducta imputada fue la adquisición de un millón de acciones de la sociedad "Jazztel, PLC", realizada el 21 de septiembre de 2004, disponiendo de información privilegiada relativa a dicha sociedad emisora.

La infracción del señor Don F.M.A. consistió, más concretamente, en adquirir, con abuso de la información privilegiada de que disponía, un millón de acciones de "Jazztel, PLC" (260.000 euros) al precio de 0,26 euros por título, el día 21 de septiembre de 2004, adquisición realizada a nombre de "UBS AG (Zurich)" a través de "UBS Securities España S.V.". Las actuaciones ulteriores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que solicitó y obtuvo finalmente la correspondiente información de la autoridad suiza (SFBC), permitieron descubrir que la compra había sido llevada a cabo mediante la sociedad interpuesta "Ferrier Lullin & Cie" para la cuenta corriente cuyos propietarios y beneficiarios finales eran el señor Don F.M.A. y su esposa.

La adquisición, al precio citado, del millón de acciones se produjo -según el relato de hechos probados que más tarde transcribiremos- en un momento en el que, no habiéndose hecho público aún el propósito de un conocido empresario que iba a comprar un importante paquete accionario de "Jazztel, PLC" (lo que determinaría la subida de su cotización en bolsa), el señor Don F.M.A. había tenido conocimiento directo de aquel hecho, precisamente por haber participado de modo activo en las conversaciones y operaciones preliminares, de carácter confidencial, que precedieron a la operación inversora. Esta fue finalmente cerrada el 24 de septiembre de 2004 y mediante ella el referido empresario adquirió el 24,9% del capital de "Jazztel, PLC" por una suma de 61,8 millones de euros. Como consecuencia de este hecho relevante la cotización de las acciones de "Jazztel, PLC" ascendió, de modo que el señor Don F.M.A., que las había comprado a 0,26 euros por título, se embolsó las correspondientes plusvalías mobiliarias al venderlas ulteriormente a un tipo de cotización superior.

SEGUNDO.- Por la relevancia que tendrá para el examen del presente recurso es preciso, desde un primer momento, subrayar que el Ministerio de Economía y Hacienda, por resolución de 10 de mayo de 2006, ya había impuesto al señor Don F.M.A. otra multa (en aquel caso de sesenta mil euros) por la infracción de idénticos preceptos de la Ley del Mercado de Valores, infracción cometida al adquirir el 17 de septiembre de 2004, mediante el uso de información privilegiada, otras cien mil acciones de la misma sociedad emisora "Jazztel, PLC".

Las diferencias entre una conducta y otra, además de la temporal respecto de las fechas de órdenes de compra de los títulos, consistieron en el número de acciones adquiridas

(cien mil en el primer caso, un millón en el segundo) y en la utilización, para este último, de la cuenta corriente en una entidad bancaria suiza, a la que ya hemos hecho referencia, cuyo propietario y beneficiario final era el recurrente (y su esposa). El importe de las multas impuestas en uno y otro supuesto fue correlativo al monto de acciones adquiridas, de modo que la segunda sanción económica (600.000 euros), la que es objeto del presente litigio, multiplica por diez el importe de la primera (60.000 euros).

La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional desestimó en su sentencia de 20 de noviembre de 2006 el recurso contencioso-administrativo número 2214/2006, interpuesto por Don F.M.A. contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda que le impuso la sanción de sesenta mil euros por los hechos realizados el 17 de septiembre de 2004. A dicha sentencia -que ganó firmeza- se referirá en varias ocasiones la que, dictada por el mismo tribunal de instancia el 5 de marzo de 2009, confirma la sanción impuesta por los hechos acaecidos cuatro días después de la primera infracción, sentencia esta última ahora impugnada en casación.

TERCERO.- La Sala de instancia expuso en los fundamentos jurídicos primero y segundo de la sentencia recurrida cuál era el objeto del litigio y las alegaciones más relevantes de las partes, en los siguientes términos:

"[...] 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.

[...] 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 del Sr. 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".

CUARTO.- Los hechos que el tribunal de instancia tuvo como probados, que ya habían sido así declarados por la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de febrero de 2008, fueron los que siguen:

"[...] 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 (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 la 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. (en adelante, 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 L.F.P. 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 15 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 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 los 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 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 NUM000 el día 21 de septiembre de 2006.

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 2006 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 2006, 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 el 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 del 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 el 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, ésta 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."

QUINTO.- A partir de este relato de hechos, el tribunal de instancia expuso en el fundamento jurídico quinto de la sentencia las razones por las que debía rechazar y rechazaba lo que denominó "el motivo nuclear del recurso", esto es, aquel en que la defensa del señor Don F.M.A. alegaba 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".

Sin perjuicio de que al afrontar el análisis del segundo motivo de casación examinaremos con mayor detenimiento las razones expuestas por la Sala de la Audiencia Nacional sobre esta cuestión, la mera transcripción de algunas de ellas bastará para desestimar el primero de los motivos casacionales, en el que de modo infundado se imputa a la sentencia de instancia, al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, la "incongruencia omisiva y falta de la necesaria motivación".

Afirma la defensa del recurrente que la Sala "[...] no justifica en Derecho por qué se considera que las dos compras de acciones efectuadas por mi mandante con apenas cuatro días de diferencia entre una y otra no constituyen una misma infracción continuada", lo que a su juicio determina que adolezca "de una clara incongruencia omisiva, puesto que ha dejado sin respuesta una alegación decisiva del recurso y lo ha hecho, de forma inexplicable, pese a la relevancia esencial que, para la resolución del recurso, revestía la argumentación sostenida por esta parte en torno a la existencia de dicho tipo de infracción". Y añade, con idéntica falta de fundamento, que la sentencia "adolece, asimismo, de una manifiesta clara falta de motivación, dado que no ha exteriorizado los argumentos jurídicos que hayan podido resultar relevantes para la decisión sobre el fondo del asunto".

La inconsistencia de estas censuras gratuitas es patente con sólo la lectura del, por lo demás, extenso fundamento jurídico quinto de la sentencia impugnada. En él, tras el examen de las normas legales y reglamentarias relevantes (artículo 4.6.2 del Reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora, artículo 133 de la Ley 30/1992 y artículo 74 del Código Penal), la cita de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2002 sobre los delitos continuados de contenido patrimonial, y las referencias singulares a los

hechos de la adquisición mobiliaria a través de la intermediación del banco suizo, el tribunal de instancia expone cómo, a su juicio, pese a que el mismo sujeto hubiera utilizado la misma información privilegiada, la circunstancia de que hiciera sus adquisiciones de títulos "en fechas distintas y por medios distintos" impide apreciar la existencia de una única infracción.

Resulta, además, que en el mismo fundamento jurídico quinto de la sentencia la Sala de instancia añade un razonamiento adicional para justificar su fallo, explicando cómo las consecuencias sancionadoras serían las mismas tanto si se aprecia como si se deja de apreciar la unidad-continuidad de la doble conducta. Y lo hace en estos términos:

"[...] 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 quíntuplo del beneficio obtenido, en la cuantía de 60.000 euros. Y en el acto administrativo origen de este recurso, se impone la sanción de 600.000 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 [...]

[...] 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."

A la vista de estos razonamientos es difícilmente comprensible que la parte recurrente

mantenga el reproche de incongruencia o falta de motivación de la sentencia impugnada. Reproche que ella misma viene implícitamente a desmentir cuando en el segundo motivo casacional discute, ahora ya por consideraciones de fondo, la tesis de la Sala de instancia sobre la inexistencia de infracción continuada.

SEXTO.- En el segundo motivo de casación, efectivamente, la defensa del señor Don F.M.A. discrepa del juicio de la Sala de instancia sobre la falta de "continuidad" de la infracción sancionada. Sostiene, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, que aquella Sala ha incurrido en "infracción del artículo 4.6 del RPEPS, del artículo 133 de la LRJPAC y del artículo 25 de la CE, así como de la jurisprudencia dictada en su aplicación".

A su juicio, "[...] al no haberse apreciado por la sentencia que se recurre la existencia de dicha figura, ésta ha incurrido en una clara infracción de los mencionados preceptos y de la jurisprudencia que los interpreta, de la que constituyen un ejemplo, junto con todas las demás citadas por mi mandante en su escrito de demanda, las Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002 (RJ 2002/1576) y de 7 de marzo de 2006 (RJ 2006/1799), que concretan cuáles son los requisitos que deben concurrir para que pueda apreciarse la existencia de una infracción continuada".

Su tesis, mantenida tanto en la vía administrativa como en la jurisdiccional de instancia, es que incluso "si se admitiese que [...] cometió las dos infracciones imputadas por la CNMV (la compra de acciones de Jazztel, los días 17 y 21 de septiembre de 2004, disponiendo de información privilegiada), necesariamente habría de concluirse que concurrían todos y cada uno de los requisitos exigidos legal y jurisprudencialmente para la existencia de una infracción continuada, tal y como procedemos a reiterar".

SÉPTIMO.- Paradójicamente en el motivo de casación segundo no se someten a crítica - ni, en realidad se discrepa de ellas- las consideraciones del tribunal de instancia, que hemos reproducido literalmente al final del fundamento jurídico quinto, acerca de la identidad de consecuencias sancionadoras que derivaría de aceptar la tesis del recurrente sobre la existencia de una única infracción continuada. Es cierto que dicha crítica se vierte en las "consideraciones preliminares" del primer motivo de casación, pero se hace desde una perspectiva que ni siquiera afecta al monto económico (sumado) de las dos sanciones, tal como es calculado por la Sala de instancia, sino al mero dato accesorio de su doble publicación en el Boletín Oficial del Estado.

La falta de crítica en este segundo motivo sobre la invariabilidad de las consecuencias sancionadoras en ambas hipótesis, a la que se refiere del modo ya expuesto la Sala de instancia, es sin duda relevante, como lo es aquel factor en sí mismo considerado. A lo largo del motivo segundo se mantiene que para calificar una infracción administrativa como continuada deben darse, además de la pluralidad de infracciones por parte de un mismo sujeto, la identidad o semejanza del precepto infringido, el hecho de que la conducta se hubiera ejecutado con arreglo a un plan preconcebido o aprovechando la misma ocasión, la proximidad temporal de las infracciones y la identidad de

Administración sancionadora. A juicio del recurrente todas ellas concurrían en el supuesto de autos. No tiene en cuenta, sin embargo, que junto a aquellos requisitos de carácter más bien sustantivo debe concurrir otro de naturaleza adjetiva y es que haya sido posible sustanciar las responsabilidades por las diversas conductas, supuestamente continuadas, en un mismo proceso (en este caso procedimiento).

De hecho esta cuestión fue tratada en la vía administrativa y en la de instancia por el recurrente, quien negaba en su demanda - con apoyo en un dictamen académico- la aplicabilidad del último de los requisitos expuestos y citaba, al parecer en su apoyo, dos sentencias del Tribunal Supremo (Sala II) de 8 de octubre de 1991 y 23 de noviembre de 2005. La lectura de una y otra revela precisamente lo contrario. En la primera de ellas se afirma que la figura del delito continuado "sólo es aplicable a los hechos que se persigan en un mismo procedimiento y no a los que sean objeto de procesos distintos" (sin perjuicio de la eventual y ulterior aplicación de las normas sobre acumulación de condenas, a tenor del artículo 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Y en la segunda se aborda más detenidamente la cuestión, con cita de sentencias precedentes, para negar la posibilidad de apreciar la existencia de un delito continuado cuando no haya habido unidad de proceso (y de nuevo se analizan las diversas posibilidades y soluciones para que la dualidad de sanciones, legítima, respecto de conductas en las que hipotéticamente pudiera existir continuidad delictiva pero no hayan sido de hecho objeto de un mismo proceso, no sobrepase el "límite penológico" derivado de la aplicación de las normas).

En atención a estas consideraciones bien pudo la resolución impugnada destacar, como hizo, y el tribunal de instancia corrobora con su fallo, que "para que la CNMV pudiera haber considerado y tratado, en su caso, ambas compras como constitutivas de una infracción continuada -censurándola en derecho como procediera- tendría que haberlas conocido. Y si no las conoció y, por lo tanto, no pudo plantearse tal tratamiento fue por causa imputable al expedientado y no a ella. Ahora se juzga no dos veces los mismos hechos, sino un hecho distinto al previamente juzgado, desconocido en su momento por causa ajena a la CNMV."

OCTAVO.- A partir de estas premisas argumentales hemos de rechazar que la Sala de instancia cometiera las infracciones de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, así como de la jurisprudencia, que se invocan en el segundo motivo. Es cierto que el tribunal de instancia excluyó la continuidad infractora por razones materiales (distancia temporal y diversidad de medios empleados para cometer las dos infracciones) antes que por las formales (la imposibilidad de que la segunda conducta fuera objeto del primer procedimiento). Pero también lo es que a esta cuestión se refirió en su motivación y, sobre todo, que la razón principal de decidir del fallo se centró en la invariabilidad de la respuesta sancionadora "de haber aplicado la técnica de la infracción continuada".

A) No concurre, en primer lugar, la vulneración del artículo 4.6 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora aprobado por el Real

Decreto 1398/1993, de 4 de agosto. Su contenido, en términos similares a los que configuran el delito continuado, debe interpretarse en el mismo sentido que respecto de éste ha hecho la jurisprudencia que anteriormente hemos transcrito. De modo que la posibilidad de apreciar la continuidad infractora en los supuestos de 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, no concurrirá cuando los hechos ilícitos no hayan podido ser objeto de un mismo procedimiento sancionador, como en este caso sucedió por la actuación dilatoria del recurrente.

Si la Comisión Nacional del Mercado de Valores no pudo conocer en el "primer" expediente sancionador hechos que, precisamente por la conducta obstativa del señor Don F.M.A., sólo llegó a saber una vez que aquél había finalizado, fue conforme a Derecho la tramitación del segundo procedimiento y la respuesta sancionadora dada en él, que no podía apreciar la existencia de una infracción continuada en los términos antes dichos. Todo ello sin perjuicio de que al sancionar por segunda vez se respetaran, como bien afirma el tribunal de instancia, los límites cuantitativos exigibles a la suma de una y otra sanción pecuniaria.

Ello hace innecesario terciar en el debate sobre si, de haber sido posible su tramitación en un solo procedimiento, la diferencia temporal y, sobre todo, la diversidad de métodos y medios empleados por el señor Don F.M.A. para la segunda infracción (utilización de testaferros y de entidades bancarias en el extranjero, entre otros) autorizaban a sostener que, desde la perspectiva material, concurrían o no los requisitos objetivos precisos para la apreciación de la continuidad infractora, a los efectos del mencionado precepto reglamentario.

B) Tampoco se produjo la vulneración del principio *ne bis in idem* (derivado del artículo 25 de la Constitución) ni de su reflejo en la Ley 30/1992, esto es, de su artículo 133 ("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 lectura de la sentencia constitucional 221/1997, de 4 de diciembre, respecto de una condena penal impuesta por hechos desarrollados "por el imputado en [...] Madrid, [...] sin contemplar ni extenderse a los acaecimientos ya reprochados penalmente en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona" descarta que se produzca la infracción del artículo 25 por cuanto no concurre la "identidad fáctica como elemento integrante del principio *non bis in idem*", de modo que el "el hoy demandante de amparo no fue condenado penalmente dos veces por unos mismos e idénticos hechos". Y añade el Tribunal Constitucional, en relación con la posible continuidad delictiva lo que sigue:

"[...] Cuestión distinta, si bien complementaria de la anterior, es la consistente en determinar si, en atención a la naturaleza del delito de estafa por el que fue condenado y de las concretas circunstancias que concurrieron en su comisión, el enjuiciamiento en sede penal de la

conducta delictiva imputada al hoy demandante de amparo debió o no realizarse conjuntamente en el seno de un mismo proceso, de suerte que la duplicidad de procedimientos penales, sucesivamente sustanciados, habría producido una agravación injustificada de la pena en su resultado final, como consecuencia de una duplicidad de condenas. Sin embargo, tampoco desde esta perspectiva puede estimarse que la no apreciación de la cosa juzgada penal por parte del Juzgado y la Audiencia Provincial de Madrid hubiese ocasionado al actor un resultado de esa naturaleza. En efecto, basta para rechazar este eventual resultado lesivo comprobar que la pena impuesta en el segundo de los procesos judiciales, referido a los hechos acaecidos en Madrid, lo fue en su grado mínimo, y que, en su consideración conjunta con la anterior, comporta una sanción penal inferior a la que hubiese podido imponer la Audiencia Provincial de Barcelona, en la hipótesis de haberse acumulado ambos procedimientos penales."

Como es fácilmente perceptible, el argumento clave del razonamiento que acabamos de transcribir coincide precisamente con el mantenido en la sentencia, ahora impugnada, de la Sala de la Audiencia Nacional.

C) En fin, la invocación como infringida de la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2002 (recurso de casación número 9131/1997) y de 7 de marzo de 2006 (recurso de casación número 1728/2002) tampoco puede prosperar. La primera de ellas se limita a reiterar el contenido del artículo 4.6 del Reglamento antes citado para concluir que en aquel caso no hubo infracción continuada, respecto de hechos y circunstancias en nada semejantes a las de este litigio. Y lo mismo ocurre con la segunda, en la que rechazamos que existiera una infracción administrativa permanente o continuada cuando la utilización de datos personales en diferentes campañas publicitarias respondía a "distintas actuaciones profesionales desarrolladas en el tiempo en razón de las oportunidades comerciales que se plantean y en la medida que, atendiendo a las circunstancias concurrentes que se valoran en cada caso, se van aceptando y contratando de manera independiente y en las condiciones que en cada caso se negocie".

NOVENO.- El tercer motivo de casación es inadmisibles, por dos razones sucesivas. La primera es que no fue anunciado en el escrito de preparación del recurso, conforme esta Sala viene exigiendo en aplicación de la Ley Jurisdiccional. Es constante nuestra doctrina (véase, por todos, el auto de 20 de septiembre de 2012, que transcribe los precedentes) en la que mantenemos que "[...] si el escrito de preparación no especifica en modo alguno los motivos a los que se acogerá la interposición con las exigencias expresadas, el recurso será inadmisibles por aplicación del artículo 93.2.a) en relación con los artículos 88.1 y 89.1, todos ellos de la Ley Jurisdiccional, por haber sido defectuosamente preparado. Y esta misma conclusión, la de inadmisibilidad, será de aplicación, aunque sea de forma limitada a los motivos casacionales afectados, cuando se desarrolle en el escrito de interposición un motivo no anunciado previamente en el escrito de preparación [...]"

La segunda causa de inadmisibilidad del motivo es que viene defectuosamente

planteado al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional. Hemos afirmado, también de forma reiterada, que la censura de vulneración de "las normas que presiden la valoración de la prueba", a las que el recurrente se remite, no puede verificarse a través de aquel cauce procesal, sólo válido para enjuiciar los quebrantamientos de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales o de las normas reguladoras de las sentencias.

Por lo demás, el desarrollo argumental del tercer motivo no es sino un intento inapropiado de discrepar, en casación, de los hechos que el tribunal de instancia ha declarado probados. Afirma la defensa del recurrente que la Sala de la Audiencia Nacional no dio el valor que él reputa a dos cartas remitidas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores bien por las autoridades suizas bien "por el banco al que mi representado encomendó realizar su inversión en Jazztel". Afirma, en consecuencia, que la "correcta valoración de la prueba documental" hubiera debido conducir a su exculpación pues las órdenes de compra se habrían producido antes de conocer la información privilegiada.

El motivo, de ser admisible, hubiera sido rechazado pues, según también hemos repetido en numerosas ocasiones, una vez excluidos del control casacional los supuestos errores de los tribunales de instancia respecto de la valoración de las pruebas ante ellos practicadas, no cabe poner en cuestión la declaración de hechos probados a menos que aquella valoración del material probatorio, en su conjunto, resulte arbitraria o irracional. No es este el caso de autos en el que la conclusión del tribunal -y antes de la Comisión Nacional del Mercado de Valores- sobre la fecha de adquisición de los títulos y las vicisitudes de la operación sancionada en el segundo expediente descansa sobre bases probatorias más que sólidas, a las que se refiere la sentencia.

DÉCIMO.- En el último motivo de casación, al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, se denuncia la "infracción del artículo 131.3 de la LRJPAC, así como de la jurisprudencia dictada en interpretación del principio de proporcionalidad". La tesis del recurrente sobre la aplicación de este principio -y de aquel precepto- ya fue expuesta en la instancia y obtuvo la siguiente respuesta del tribunal en el fundamento jurídico sexto de la sentencia impugnada:

"[...] 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 del 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 setiembre 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 setiembre 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."

UNDÉCIMO.- El análisis del cuarto motivo casacional debe ir precedido de dos consideraciones. La primera es que, una vez rechazado el motivo precedente sobre la prueba de los hechos, éstos resultan intangibles en casación, al igual que sucede con su calificación jurídica, pues el recurrente en ningún momento ha llegado a discutir ante esta Sala que su conducta encaje en el tipo de infracción por el que fue sancionado. En efecto, la defensa del señor Don F.M.A. acepta -al no impugnarla- la subsunción de su actuar en el elenco de infracciones muy graves, tipificada en la letra o) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 81.2,

letra a), del mismo texto legal .

La segunda consideración preliminar es que tampoco la defensa del recurrente ha invocado, como infringidos, los preceptos legales específicamente aplicados por la Administración y por la Sala de instancia para justificar el importe de la sanción. Concretamente, ésta se calculó sobre la base de lo dispuesto en el artículo 102 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (que prevé la sanción de 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) y conforme a los criterios de graduación de las sanciones que señala el artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Pues bien, repetimos, no se ha aducido la infracción de ninguno de ambos preceptos legales, sustituida por referencias más imprecisas al principio de proporcionalidad.

La Sala de instancia expone las razones que, a su juicio, justifican elevar hasta el máximo de lo legalmente permisible la multa, una vez fijado -en cuanto hecho- cuál fue el beneficio obtenido por el infractor en esta segunda operación (120.000 euros). Invirtiendo el orden de las alegaciones del señor Don F.M.A. en este cuarto motivo, las relativas al importe concreto del beneficio obtenido por él no son atendibles. De un lado, se limitan a reiterar casi literalmente las aseveraciones de la demanda (página 51) sin una crítica bastante de la sentencia sobre este punto. De otro lado, y sobre todo, ya hemos expresado que la fijación de los puntos de hecho -y lo es el dato de cuál fue el beneficio obtenido- corresponde al tribunal de instancia. Por lo demás, no hay base legal para sostener, como hace, que el beneficio deba calcularse por referencia a la hora "de reanudación de la cotización de las acciones" (las 12 horas del 24 de septiembre de 2004, en que se alcanzó el precio de 0,34 euros por acción) en vez de a la hora de cierre de la sesión del mismo día (momento en que el valor de la acción cotizaba a 0,38 euros y que fue el adoptado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para el cálculo de la plusvalía ilícitamente obtenida).

Tampoco las alegaciones del primer epígrafe de este cuarto motivo pueden prosperar en lo que se refieren a la aplicación del principio de proporcionalidad.

A) A nuestro juicio, concorde con el de la Sala de instancia y previamente con el de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las circunstancias singulares del supuesto de autos merecen la intensidad del reproche sancionador que se ha traducido en elevar al quíntuplo de los beneficios obtenidos el importe de la sanción. Confluyen, por un lado, además de las importantes sumas ilícitamente conseguidas, las notas subjetivas de aprovechamiento de una específica situación previa -no inherente a la obtención de toda información privilegiada- en el seno de la cual el imputado asistía a los preparativos de la ulterior inversión, con el consiguiente deber de confidencialidad, que es quebrantado. Se trataba, además, de un sujeto infractor que - como subrayan tanto la autoridad administrativa cuanto el tribunal sentenciador- estaba cualificado por su condición de consejero "independiente" de sociedades que cotizaban en Bolsa, de cuyas comisiones de control él mismo formaba parte.

Le era requerible, pues, una mayor diligencia en el respeto de las pautas legales -y de otro orden- por cuyo cumplimiento debía velar para que no se produjeran episodios de abuso de mercado como los que protagonizó obteniendo una ventaja económica (sin exponerse a los mismos riesgos que los demás inversores) conseguida mediante la información privilegiada de que disponía, de la que se prevaleció en su provecho con especial menoscabo de la integridad de los mercados financieros y la confianza de los inversores.

Todo ello sin necesidad de tomar en consideración -pues no lo hace expresamente la Sala de instancia- la incidencia que en la agravación de la respuesta sancionadora pudiera tener el hecho de que la conducta ilícita se haya perpetrado a través de mecanismos de intermediación y ocultamiento específicamente dirigidos a dificultar la acción administrativa de investigación de este género de hechos reprobables.

B) Las referencias que se hacen en el motivo cuarto a la infracción de jurisprudencia, concretada en las sentencias de esta Sala de 31 de diciembre de 2002 (recurso de casación 2848/1997) y 29 de mayo de 2003 (recurso de casación número 6376/1998) no proporcionan base para su estimación. Respecto de la primera de ellas la defensa del ahora recurrente manifiesta que "el Tribunal Supremo consideró proporcional reducir del quintuplo al triple la sanción impuesta" en otro supuesto de información privilegiada. No es, sin embargo, ese el contenido de nuestra sentencia, ni las citas entrecorilladas que de ella se hacen corresponden a afirmaciones nuestras sino del tribunal de instancia, expuestas en la sentencia entonces impugnada. Y algo parecido ocurre con la cita de la sentencia de 21(sic) de mayo de 2003, en la que esta Sala corroboró el criterio de la de instancia que había reducido -del grado máximo al medio- la sanción de multa porque una de las agravantes apreciadas por la Administración (el intento de ocultar los datos) fue rectificadas de modo voluntario por el interesado y la otra no concurría.

Afirmamos en la segunda de aquellas sentencias que no podía reputarse como circunstancia agravante "el peligro potencial que supone la pérdida de confianza que se deriva de actuaciones profesionales contrarias a derecho, en un mercado cuyo fundamento es precisamente la confianza de los inversores", pues esta circunstancia está en la base misma de toda utilización abusiva de la información privilegiada por quienes operan el mercado bursátil. Pero no es esta la agravante aplicada al caso que ahora fallamos. Y en todo caso, resulta improcedente tomar como elementos de contraste pronunciamientos anteriores que responden a las especificidades de cada supuesto, casi nunca concurrentes en los sucesivos (y desde luego no en éste).

C) Concluiremos el examen del cuarto motivo, y con él del recurso de casación, rechazando que el importe de la primera sanción (de 60.000) euros deba ser minorado del de la ulterior. Las consideraciones que hicimos en torno al segundo motivo casacional pusieron de relieve cómo la falta de apreciación de la continuidad infractora tiene como límite que no se produzca una exasperación en las sanciones (lo que evitan los mecanismos descritos en las sentencias de la Sala II de este Tribunal Supremo que citamos). En este caso, vinculado como queda el importe de las multas al beneficio

obtenido, es claro que son los títulos adquiridos, y no la unidad o pluralidad de ocasiones en que se compraron, el factor relevante para calcular aquéllas. Y con arreglo a este factor la suma de una y otra sanción pecuniaria se ajusta fielmente lo dispuesto en la Ley del Mercado de Valores sobre la materia. La publicación oficial de las sanciones no es, por lo demás, sino una consecuencia accesoria -legalmente exigible- de aquéllas.

En fin, no cabe desconocer que el criterio rector que inspira la tipificación de estas muy graves conductas ilícitas es el de garantizar el buen funcionamiento de los mercados de valores y la confianza del público en que todos los actores que a ellos concurren lo hacen en igualdad de condiciones, sin que deban tolerarse abusos como el realizado en este caso que dañan de modo especial la integridad de aquellos mercados y frustran las expectativas de los inversores de buena fe. Precisamente por ello, y por la necesidad de mantener una regulación armonizada de los mercados europeos de valores mobiliarios, se aprobó la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado), que exige a los Estados miembros la represión de estas prácticas mediante medidas o sanciones -incluso de orden penal- dotadas de contenido disuasorio (artículo 14). Las normas legales cuya aplicación al caso ha sido efectuada mediante la sanción impuesta responden a esta misma finalidad, disuasoria y a la vez proporcionada (por ello vinculan la multa al importe del beneficio), y vienen, en realidad, a incorporar a nuestro Derecho aquellas exigencias en materia de integridad de los mercados financieros.

DUODÉCIMO.- Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer a la parte contraria la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima de tres mil euros.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

PRIMERO.- Desestimar el recurso de casación 2513/2009 interpuesto por Don F.M.A. contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 5 de marzo de 2009 en el recurso número 238 de 2008 .

SEGUNDO.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.-