

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE MARZO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 673/2017
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad del 7 de septiembre de 2017 que confirma en reposición la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad del 20 de mayo de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a cuatro de marzo de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 673/2017**, se tramita a instancia de Mercados y Gestión de Valores, Agencia de Valores y Bolsa, S.A. (en adelante, "**MG Valores**") y de D. RCB (en adelante, "**D. RC**") representado por el Procurador D. FAA contra la resolución de la orden del Ministro de Economía y Competitividad de 20 de mayo de 2016, dictada por el Secretario de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro, como resultado de expediente administrativo sancionador incoado por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad y es la Resolución de fecha 20 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dió traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dió traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora, con el resultado que obra en autos

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones quedando los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 19 de febrero de 2019 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugnan las resoluciones de 20-5-2016 y de 7-9-2017 (la primera del Ministerio de Economía y Competitividad, y la segunda del Ministerio de Economía,

Industria y Competitividad), esta última desestimatoria de un recurso de reposición contra la anterior, que impusieron a la hoy parte actora una sanción de multa por importe de 200.000 € a MG VALORES como responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.o) en relación con el artículo 81.2.a), ambos de la Ley 24/1988 (LMV), así como suspensión por 6 meses de la condición de miembro de la Bolsa de Madrid. Y 100.000 euros de multa también a D. RCB como responsable de la comisión de una infracción muy grave del artículo 99.o) en relación con el artículo 81.2.a), ambos de la Ley 24/1988, en ambos casos. por adquirir acciones de VUELING para sus carteras gestionadas, disponiendo de información privilegiada sobre la citada sociedad cotizada.

SEGUNDO.- Hemos de tener en cuenta aquí lo declarado por esta Sala en asunto estrechamente relacionado con el presente y sustancialmente igual desde el punto de vista jurídico (sentencia recaída en el recurso 731/2017). El recurrente en citado recurso contencioso-administrativo era consejero de Iberia (encargado del departamento de recursos humanos) y tenía desde hacía tiempo un contrato de gestión discrecional de cartera con la agencia MG Valores, siendo así que con la misma agencia tenían otros tantos contratos su esposa y dos hijas mayores de edad. A lo largo del año 2012 en la prensa especializada se especuló por analistas sobre una posible OPA de IAG sobre el 100% de las acciones de Vueling. El día 2-11-2012 el Consejero Delegado de Iberia informó al recurrente en citado recurso contencioso-administrativo de que en el próximo Consejo de Administración convocado ya para el 6-11-2012 se iba a tratar de una posible OPA de IAG sobre Vueling y le encargó una valoración sobre el impacto que esta operación podría tener en el ámbito de los RRHH de Iberia. Tras contactar telefónicamente el recurrente en citado recurso contencioso-administrativo con el Consejero Delegado de MG Valores conciertan ambos una comida para el 6-11-2012 en una hora inmediatamente anterior a la señalada para la celebración del Consejo de Administración de Iberia, que estaba convocado ese mismo día a las 16 horas, y que continuó a las 9 horas del siguiente 7-11-2012, y en cuyo Consejo de Administración se analizó la OPA de IAG sobre Vueling. MG Valores compra en la sesión del 7-11-2012 un total de 38.236 acciones de Vueling para ocho clientes gestionados, lo que representa prácticamente el 11% de la negociación total de esa sesión, que ascendió a 362.872 acciones. MG Valores tenía unos 150 clientes y las referidas compras se realizan en favor de ocho clientes, entre ellos concretamente las cuatro carteras del grupo familiar del recurrente. El mismo día 7-11-2012 se anuncia por hecho relevante la posible OPA y se suspende la cotización de Vueling, cuya suspensión se alza el siguiente día 8-11-2012 con una subida en la cotización. Las acciones compradas para las cuatro carteras del grupo familiar del recurrente en citado recurso contencioso-administrativo fueron vendidas en marzo de 2013 con beneficios. No han quedado acreditadas razones justificativas de las compras de las referidas acciones el 7-11-2012 para las cuatro susodichas carteras del grupo familiar de entre los 150 clientes de MG Valores, y tampoco han quedado probados unos motivos razonables de la compra de las acciones precisamente el 7-11-2012 antes de la suspensión de la cotización pues los indicadores económicos del tercer trimestre de Vueling, que al parecer se tuvieron en cuenta para dicha compra, no diferían positivamente de modo significativo respecto del segundo trimestre a tenor de los informes que se invocan por los interesados. En definitiva, las resoluciones recurridas estiman probado que el recurrente en citado recurso contencioso-administrativo obtuvo el 2-11-2012 información privilegiada de la OPA de IAG sobre Vueling, que comunicó al Consejero Delegado de MG Valores el 6-11-2012 en

la comida previa a la reunión del Consejo de Administración de Iberia donde se iba a tratar del tema de la referida OPA según el correspondiente orden del día. La conducta imputada al recurrente en citado recurso contencioso-administrativo se encuentra tipificada en el artículo 99.o) de la LMV, que dispone que constituye infracción muy grave <<el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 81.2 de la presente Ley, 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 esta Ley>>. A su vez el artículo 81.2 de la LMV establece que <<todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes: b) Comunicar dicha información a terceros, salvo en el ejercicio normal de su trabajo, profesión o cargo>>. El artículo 81.1 de la misma LMV preceptúa que <<se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, 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>>. Resulta así que el Sr. Don ST es un iniciado primario con información privilegiada desde el 2 de noviembre de 2012. Tras esa fecha invierte, junto con su cónyuge, en acciones de VUELING, así como también sus hijas. Todo ello a través de MG VALORES, con la participación de su consejero delegado, don RC. En dicha fecha el consejero delegado de Iberia le informó personalmente de manera genérica de la posible OPA de IAG sobre VUELING, para posteriormente tener acceso a la información detallada de la operación en el Consejo de administración de IBERIA celebrado con anterioridad a la publicación del hecho relevante, los días seis y 7 noviembre 2012. Así pues, teniendo en cuenta la información a la que tenía acceso el señor T y el puesto que desempeñaba, resulta acreditado que estaba en poder de información privilegiada, la comunicó a los recurrentes y éstos adquirieron acciones de VUELING para sus carteras gestionadas disponiendo de tal información privilegiada sobre expresada sociedad cotizada. Los hechos tenidos en cuenta y por probados en la actuación administrativa recurrida, deben darse aquí por reproducidos.

TERCERO.- La demanda rectora del proceso expone las circunstancias del caso, y articula una serie de motivos de impugnación, que -en síntesis- son los siguientes: primero, infracción del principio de tipicidad; segundo, infracción de los principios de presunción de inocencia y de personalidad de la sanción; y tercero, infracción del principio de proporcionalidad de la sanción. El escrito de demanda termina impetrando que se declaren nulas las resoluciones recurridas.

El Abogado del Estado se ha opuesto a la pretensión de la actora en los términos que son de ver en autos.

CUARTO.- La demanda aduce la infracción del principio de tipicidad sobre la base de que la información recibida por el recurrente el 2-11-2012 no era privilegiada dado que tenía un carácter genérico y además era pública.

Este primer motivo impugnativo no puede acogerse. No cabe aceptar que la información recibida fuese pública pues lo publicado sobre la posible OPA de IAG sobre Vueling a lo largo del año 2012 eran especulaciones de analistas que no se referían a ninguna operación concreta proyectada sino a una eventualidad en el contexto de los estudios realizados sobre el mercado de valores. Además, se trataba de una información concreta pues se refería a una OPA ya en proyecto y objeto de un inminente acuerdo, que afectaba a un determinado valor por parte de un oferente cierto, y ello aunque no se conocieran los detalles de la operación hasta el 6 o 7 de noviembre de 2012. Por último, era una información sensible pues podía influir de manera apreciable en la cotización del valor en cuestión, como así ocurrió al alzarse la suspensión decidida tras la publicación del correspondiente hecho relevante.

En definitiva, en el caso enjuiciado la información recibida el 2-11-2012 en la ocasión de autos reunía los requisitos ex artículo 81.1 de la LMV para ser considerada privilegiada.

Corolario de lo anterior es que no apreciamos infracción del principio de tipicidad, cuya alegación se asentaba en la afirmación de que la información de referencia no era privilegiada.

QUINTO.- En el segundo motivo impugnativo se alega la infracción de los principios de presunción de inocencia y de personalidad de la sanción, y ello en función de la forma en que las resoluciones combatidas han construido la prueba indiciaria que ha servido para imponer la sanción litigiosa.

Este segundo motivo impugnativo tampoco puede prosperar.

Ya vimos más atrás los hechos y circunstancias que se consideraban acreditados y que constituían los indicios suficientes que permitían inferir de modo razonable la comunicación de la información privilegiada por el recurrente al Consejero Delegado de MG Valores (hecho infractor imputado) antes de la publicación del correspondiente hecho relevante, lo que permitió a este último la compra de las acciones de Vueling disponiendo de dicha información privilegiada. Esta inferencia a partir de aquellos indicios acreditados es razonable, está motivada en las resoluciones puestas en tela de juicio, y no se presenta tan abierta que permita otras alternativas razonables de modo que ninguna pueda darse por probada, por lo que se cumplen en el caso los requisitos exigidos por la jurisprudencia para aceptar la prueba indiciaria esgrimida por la Administración, que así ha cumplido con la carga de la prueba necesaria para desvirtuar la presunción de inocencia, cuya alegada vulneración no puede acogerse, y todo ello con abstracción del cumplimiento o no por parte del recurrente del RIC de IAG, cuyo extremo no es necesario analizar en función de los demás indicios ya explicitados y de la circunstancia de tomar conocimiento el demandante de la información privilegiada por razón de su profesión, trabajo o funciones [artículo 99.o) de la LMV]. Los indicios en contrario (“contra indicios” de la demanda) que apunta la parte actora carecen de la fuerza necesaria para enervar los indicios probados que la Administración demandada

ha tenido en cuenta para construir una prueba indiciaria con el suficiente poder de convicción para destruir el derecho a la presunción de inocencia del interesado.

Por otra parte, no apreciamos la alegada infracción del principio de personalidad de la sanción. Esta infracción se funda por la parte actora en que la prueba indiciaria que ha servido para sancionar se ha construido en parte también con hechos o circunstancias de terceros, pero ello no implica la infracción denunciada pues aquellos indicios relacionados con terceros coadyuvan a comprender el hecho imputado y su realización por el demandante, que ha sido sancionado únicamente por hechos propios que le son atribuibles, de tal manera que no se ha infringido el principio de personalidad de la sanción. Quizá no resulte ocioso observar que el tipo infractor del artículo 81.2 b) implica la intervención de terceros en cuanto que supone incumplimiento de la obligación de no comunicar la información a terceros.

SEXTO.- En el tercer motivo de impugnación articulado en la demanda se alega la infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción. La sanción litigiosa asciende a 200.000 y 100.000€, respectivamente, siendo la horquilla posible legalmente desde un mínimo de 30.000 € hasta un máximo de 600.000 €, de modo que no debe considerarse la sanción pecuniaria desproporcionada; y lo mismo cabe decir de la sanción de suspensión por 6 meses de la condición de miembro de la Bolsa de Madrid a MG VALORES, porque prevé la norma -artículo 102.1 c) de la ley 24/1988 - un plazo de hasta 5 años. La sanción se impuso, pues, en el tercio inferior, si bien con cierta relevancia para cumplir los fines represivos y preventivos propios de la sanción.

En definitiva, y por lo expuesto y razonado se impone la desestimación del recurso, no habiendo sido desvirtuados los fundamentos de la actuación administrativa recurrida, se impune la desestimación del recurso.

SÉPTIMO.- Al desestimarse el recurso procede la imposición de costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

Desestimamos el presente recurso interpuesto por **Mercados y Gestión de Valores, Agencia de Valores y Bolsa, S.A. y de D. RCB.**

Imponemos a la parte actora las costas del proceso.

“La presente sentencia es susceptible de recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.”

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la

necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.