



Roj: **SAN 744/2014 - ECLI:ES:AN:2014:744**

Id Cendoj: **28079220022014100001**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **15/01/2014**

Nº de Recurso: **5/2013**

Nº de Resolución: **1/2014**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JULIO DE DIEGO LOPEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL SALA DE LO PENAL SECCION SEGUNDA

ROLLO DE SALA: P.A. Nº 5/13

PROCEDIMIENTO DE ORIGEN: DILIGENCIAS PREVIAS (PROC. ABREVIADO) 133/11

ORGANO D EORIGEN: JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCION Nº 6

SENTENCIA Nº 1/14

ILMOS. Sres. Magistrados

D. ANGEL HURTADO ADRIAN (Presidente)

D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ (Ponente)

D. JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA

Madrid, a quince de enero de dos mil catorce.

Visto, en juicio oral y público ante la Sección Segunda de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, la causa dimanante del Procedimiento abreviado 133/2011, procedente del Juzgado Central de Instrucción nº 6 de la Audiencia Nacional Rollo de Sala número 5/2013 por delitos de uso de información relevante y blanqueo de capitales.

Han sido partes en el presente procedimiento como acusador público el Ministerio

Fiscal, representado por la **Ilma. Sra. D^a Elena Lorente Pablo**.

a) como acusado:

Alfonso , nacido en Vitoria (Alava), el NUM000 .1973, hijo de Cosme y María Rosa , con D.N.I. NUM001 , sin antecedentes penales, en libertad por esta causa, con domicilio en C/ DIRECCION000 nº NUM002 , NUM003 - NUM004 , 28023-Madrid. Representado por la Procuradora Sra. Olmos Gilsanz y defendido por el Letrado D. Alfonso Reclusa Etayo.

b) como participe a título lucrativo:

Lucio , nacido en Madrid, el NUM005 .1971, hijo de Santiago y Isabel , con D.N.I. NUM006 , con domicilio en C/ DIRECCION001 nº NUM007 , NUM008 NUM009 , Vitoria-Gasteiz 01008 (Alava). Representado por el procurador Sr. Deleito García y actuando en su propia defensa como abogado.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. JULIO DE DIEGO LÓPEZ.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- El Juzgado Central de Instrucción nº 6 incoó con fecha 15.07.2011 diligencias previas 133/2011, con motivo de la *denuncia interpuesta por el Ministerio Fiscal* contra D. Alfonso por *utilización de información*



privilegiada del proyecto " Porcupine "del Banco de Santander, dada su situación profesional en el banco, para adquirir valores vinculados a la Cia canadiense Potash Corporación of Saskatchewan en el mes de agosto de 2010, vendiéndoles posteriormente y logrando unos beneficios superiores a 600.000 y en su caso blanqueo de capitales a través de una cuenta cuya titularidad ostenta en la entidad financiera Internaxx domiciliada en Luxemburgo, teniendo conocimiento la Fiscalía de la compraventa de acciones de dicha compañía por parte de D. Lucio en la misma fecha, existiendo vínculos personales entre ambos, dictándose auto de continuación de procedimiento abreviado con fecha 21.01.2013.

SEGUNDO .- El 13.03.2013 se dictó auto de apertura de juicio oral contra Alfonso por delitos de uso información relevante y blanqueo de capitales, dando traslado como presunto partícipe lucrativo a Lucio del escrito del Ministerio Fiscal a los efectos de su defensa civil, dictándose providencia de 19.06.2013 de remisión de actuaciones a la Sala de lo Penal (Sección 2ª) de esta Audiencia Nacional.

TERCERO .- Recibida la causa en esta Sección 2ª de la Sala Penal, por diligencia de

28.06.2013 se designó Magistrado Ponente, se resolvió sobre las medidas de prueba propuestas por las partes por auto de 15.07.2013, señalándose para las sesiones del juicio oral los días 14,15 y 16 de octubre de 2013.

CUARTO .- Los días al efecto señalados, se desarrollaron las sesiones del juicio oral, con el interrogatorio del acusado y del partícipe a título lucrativo y la práctica de la testifical, pericial y documental propuesta y admitida; tras la cual el Ministerio Fiscal, en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de:

a) **Un delito de uso de información relevante** del artículo 285.1 del Código Penal .

b) **Un delito de blanqueo de capitales** de los artículos 301.1, 301.4, 301.5 y 303 del Código Penal.

Es un autor el acusado conforme al 28.1 del Código Penal.

No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. Procede imponer al acusado las siguientes penas:

Por el delito a) pena de **un año y seis meses de prisión** , multa de 870.000 con responsabilidad personal subsidiaria de seis meses en caso de impago conforme al artículo

53.2 C.P., e inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con banca, sector financiero y sector bursátil durante tres años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por el delito de uso de información relevante, procede acordar el comiso de la ganancia derivada y ascendente a un total de 868.027,82 de lo que deberán responder el acusado Alfonso y el partícipe a título lucrativo Lucio .

Por el delito b) pena de **prisión de dos años** , multa de 870.000 con responsabilidad personal subsidiaria durante un año caso de impago, inhabilitación para el ejercicio de actividades relacionadas con Banca, sector financiero y sector bursátil durante tres años e inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Por delito de blanqueo, procede acordar el comiso de la ganancia derivada y ascendente a un total de 868.027,82 de lo que deberá responder el acusado Alfonso .

QUINTO .- Las defensas del acusado y partícipe a título lucrativo en igual trámite, elevaron sus conclusiones a definitivas, solicitando la absolución con todos los pronunciamientos favorables, declarando expresamente la Sentencia que en tal sentido haya de dictarse, que la formación de la causa no perjudica la reputación de D. Alfonso .

II.- HECHOS PROBADOS

UNICO .- El 4 de agosto de 2010 un equipo del Banco de Santander empezó a preparar un *paquete de financiación* a favor de la compañía minera australiana BHP BILLITON PLC ante una posible OPA sobre la compañía canadiense de fertilizantes **POTASH CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC** (en adelante **POTASH**). El total de la operación de financiación de la OPA alcanzaría los 45.000 millones de euros formando parte del grupo de bancos que lideraría la financiación tratándose para Banco Santander de la operación más relevante de los dos últimos años, cuya gestión debía desarrollarse con la máxima confidencialidad, denominándose así la operación, proyecto " *Porcupine* ", dándose la circunstancia de estar trabajando en aquel momento el acusado Alfonso como adjunto al consejero delegado del citado banco, Felipe .



El acusado -pese a no figurar en la lista de iniciados concededores de la operación, confeccionada por Banco Santander para garantizar su confidencialidad- conoció la existencia del proyecto dada su cualidad de adjunto al vicepresidente de la entidad bancaria.

Durante el mes de agosto del año 2012, Alfonso realizó diferentes operaciones de compraventa de CFDs¹ sobre las acciones de **POTASH** que cotizaban en la bolsa de Nueva York. En concreto, realizó las transacciones siguientes a través de la cuenta en USD de Internaxx Bank SA de Luxemburgo nº NUM010 DER de la cual era titular:

C/V Acciones Momento de ejecución Fecha valor Precio Valor operación Comisiones Beneficios

PRIMERA FASE

Compra 10.000 09/08/2010 13:55 09-ago-10 112,440 USD 1.124.400,00 USD -500.00 USD 500,00 USD

Compra 10.000 10/08/2010 16:35 10-ago-10 110,970 USD 1.109.700,00 USD -500.00 USD 500,00 USD

Compra 5.000 12/08/2010 15:44 12-ago-10 111,677 USD 558.386,00 USD -250.00 USD 250,00 USD

Compra 5.000 13/08/2010 14:11 13-ago-10 111,550 USD 557.750,00 USD -250.00 USD 250,00 USD

Venta 5.000 17/08/2010 13:51 17-ago-10 142,119 USD 710.593,00 USD -250.00 USD 152.593,00 USD

¹ Los CFDs (por sus siglas en inglés, a saber, Contracts for Difference), se definen como acuerdos en los que dos partes, un inversor y un intermediario financiero, acuerdan intercambiarse la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta de un determinado activo subyacente (valores negociables, índices, divisas, tipos de interés y otros activos de naturaleza financiera).

Venta 5.000 17/08/2010 13:51 17-ago-10 142,119 USD 710.593,00 USD -250.00 USD 155.493,00 USD

Venta 5.000 17/08/2010 13:51 17-ago-10 142,580 USD 712.898,81 USD -250.00 USD 157.798,81 USD

Venta 10.000 17/08/2010 13:51 17-ago-10 142,580 USD 1.425.797,63 USD -500.00 USD 300.897,63 USD

SEGUNDA FASE

Compra 20.000 17/08/2010 19:58 17-ago-10 143,105 USD 2.862.096,52 USD -1000.00 USD 1.000,00 USD

Compra 5.910 17/08/2010 19:58 17-ago-10 143,080 USD 845.602,80 USD -295.50 USD 295,50 USD

Venta 10.910 19/08/2010 14:02 19-ago-10 146,690 USD 1.600.387,90 USD -545.50 USD 38.568,75 USD

Venta 9.090 19/08/2010 13:59 19-ago-10 146,611 USD 1.332.693,38 USD -454.50 USD 31.416,01 USD

Venta 5.910 19/08/2010 13:59 19-ago-10 146,611 USD 866.470,62 USD -295.50 USD 20.572,32 USD

TOTAL 1.006.501,02 USD

827.357,57

Asimismo, Lucio, amigo del acusado, invirtió la cantidad de 104.000 en acciones de **POTASH** los días 10 y 11 de agosto de 2010, procediendo a su venta según el apunte siguiente:

Cuenta de OPENBANK NUM011, titular Lucio

FECHA CONCEPTO IMPORTE en

17-8-2010 **VENTA 1.238,00 AC. POTASH CORP OFSASKATCHEWAN EN MERCADOS EXTRANJEROS**
CONTRATO NUM012 133.239,93

Obteniendo un beneficio de: 29.239,93

Igualmente, invirtió la cantidad de 13.013,05 en acciones de **POTASH** el día 12-08-2010, procediendo a su venta según el apunte siguiente:

Cuenta de KUTXABANK NUM013, titular Lucio

FECHA CONCEPTO IMPORTE en

19-08-2010 **VENTA 155,00 AC POTASH CORPOF SASKATCHEWAN EN MERCADOS EXTRANJEROS** 17.938,35

Obteniendo un Beneficio de: 4.925



A raíz del proceso de investigación desarrollado en el Banco en el marco de las inversiones llevadas a cabo por el acusado Alfonso , el 13.10.2010 la entidad bancaria suspendió de empleo (no de sueldo) al acusado, a quien finalmente, despidió el 20.01.2011, pagándole una indemnización de 130.000 .

No ha quedado acreditado que la obtención de financiación a través de un préstamo fuera un factor determinante a la hora de aprobar el lanzamiento o no de la OPA sobre **POTASH**, ni tampoco que la OPA influyera en la evolución del valor de **POTASH**.

No ha quedado acreditado que Lucio recibiera información del acusado

Alfonso sobre el proyecto " *Porcupine* " .

III.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- VALORACIÓN DE LA PRUEBA

El Tribunal, en el *análisis global de la prueba practicada* anticipa que, a su juicio, a través de ella, no ha quedado probada la imputación mantenida por el Ministerio Fiscal. El Tribunal considera que *no se ha practicado prueba de cargo suficiente* para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Ya desde la STS 31/1981 , la jurisprudencia constitucional ha configurado el derecho a la presunción de inocencia desde su perspectiva de regla de juicio, con *el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo validas* , lo que supone que ha de existir una mínima actividad probatoria realizada con las garantías necesarias, referidas a todos los elementos esenciales del tipo delictivo y que de la misma puedan inferirse razonablemente los hechos y la participación del acusado en los mismos (SSTC 56/2003, de 24 de marzo, FJ5 ; 94/2004, de 24 de mayo , FJ2 ; y 61/2005, de 14 de marzo).

El Tribunal considera que la prueba de cargo practicada en el plenario no sirve para descartar otras posibles razonables versiones de lo hechos, tal como sería la aportada por el acusado y por el llamado participe a título lucrativo; en atención a ello, el Tribunal no puede reputar esta prueba como definitivamente concluyente, ya que deja un margen de duda suficiente y razonable sobre la verdadera participación de los hechos de ambos, lo que en todo caso debe favorecerles, en la correcta aplicación del principio " *in dubio pro reo*" ; veamos:

El Ministerio Fiscal ha presentado en el acto del juicio oral como prueba de cargo, las *declaraciones testificales* de Baldomero (responsable del equipo de préstamos indicados de Europa, Banco Santander), Ernesto (Departamento de préstamos indicados, Banco Santander), Íñigo (Banca Corporativa Global, Banco Santander) y Ramón (Director Departamento cumplimiento normativo, Banco Santander), junto a la *documental* acompañada con su escrito-denuncia - *informe* sobre el acusado por posible utilización información privilegiada (Fs. 30-34); *nota interna* sobre el proyecto " *Porcupine* " enviada al acusado (Fs. 332-333); *cuestionario* contestado por el acusado referente al tema en cuestión (Fs. 334-335); *informe* de Recursos Humanos en materia disciplinaria sobre el acusado (Fs.

28-29); *denuncia* de la Fiscalía del Tribunal de Distrito de Luxemburgo contra el acusado por sospecha de blanqueo del producto de una infracción de delito de uso información privilegiada (Fs 14-16)- haciendo alusión a la *demanda* de la Comisión de Valores y Bolsas del Tribunal de Distrito-sur de Nueva York (EEUU) frente al acusado y Lucio (rollo de Sala) y resoluciones judiciales, caso Merino (SAP nº 486/2013 de 27-05) y caso Alierta (STS nº 1136/2010 , de 21- 12), aseverando que el acusado Alfonso tuvo acceso a información privilegiada y por tanto relevante para la cotización de **POTASH**, usándola en su propio beneficio invirtiendo en valores de **POTASH** operando a través de la cuenta de la que era titular en Internaxx Bank de Luxemburgo con la finalidad de enmascarar sus manejos y la procedencia ilícita de la ganancia y comunicando igualmente dicha información al participe a título lucrativo Lucio , dada su amistad, quien también invirtió en su propio beneficio en acciones de **POTASH**, presentando como prueba de cargo el Ministerio Público numerosas llamadas y sms durante el mes de Agosto entre ambos.

Sin embargo, como anticipaba el Tribunal, el hecho de que el acusado Alfonso , *haya obtenido una ganancia al operar con **POTASH** no quiere decir que su conducta seasubsumible en el art. 285. CP , al no quedar este extremo suficientemente acreditado en autos ;*

veamos:

A tenor del art. 285.1 del CP , " *Quien de forma directa o por persona interpuesta usare de alguna información relevante para la cotización de cualquier clase de valores o instrumentos negociados en algún mercado organizado, oficial o reconocido, a la que haya tenido acceso reservado con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o la suministrare obteniendo para sí o para un tercero un beneficio económico superior a 600.000 euros o causando un perjuicio de idéntica cantidad, será castigado con la pena de prisión de uno a*



cuatro años, multa del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años."

Así mismo, a tenor del art. 81.1 LMV (Ley del Mercado de Valores), " *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*".

En la misma línea, el considerando 16 de la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero del Parlamento Europeo establece que, " *La información privilegiada, es toda información de carácter concreto, que no se haya hecho pública y que se refiera directa o indirectamente a uno o varios emisores de instrumentos financieros o a uno o varios instrumentos financieros. La información que pueda tener un efecto significativo en la evolución y la formación de los precios de un mercado regulado como tal puede considerarse como información relacionada indirectamente con uno o más emisores de instrumentos financieros, o con uno o varios instrumentos financieros derivados con ellos relacionados*".

El propio artículo 1 de la Directiva 2003/124/CE de la comisión de 22 de diciembre de

2003, dictada a efectos de la aplicación de la Directiva anteriormente citada sobre la definición y revelación pública de la información privilegiada y la definición de manipulación del mercado, establecía que " *A efectos de la aplicación del punto 1 del artículo 1 de la Directiva 2003/6/CE, se entenderá que la información es de carácter preciso si indica una serie de circunstancias que se dan o pueden darse razonablemente o un hecho que se ha producido o que puede esperarse razonablemente que se produzca, cuando esa información sea suficientemente específica para permitir que se pueda llegar a concluir en el posible efecto de esa serie de circunstancias o hecho sobre los precios de los instrumentos financieros o de los instrumentos financieros derivados correspondientes*".

Es decir, los elementos que definen a la información privilegiada son los siguientes :

- 1.- Que se refiera directa o indirectamente a valores negociables o instrumentos financieros o sus emisores.
- 2.- Que sea de carácter concreto (precisa).
- 3.- Que no sea pública.
- 4.- Con capacidad de influencia apreciable sobre la cotización de los valores o instrumentos financieros a los que se refiera.

Este último elemento es el que convierte en relevante la información privilegiada a los efectos de integrar el tipo penal del art. 285 del Código Penal .

En este sentido, el art. 82 LMV dispone que, " *Se considerará información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario "*; en línea con lo anterior, el art. 1 del RD 1333/2005 indica que una información es relevante y, por tanto, puede influir de manera apreciable sobre la cotización, cuando dicha información sea, " *la que podría utilizar un inversor razonable como parte de la base de sus decisiones de inversión*".

Llegados a este punto, durante el mes de agosto del año 2010 Alfonso realizó diferentes operaciones de compraventa de acciones (CFDs) de la sociedad **POTASH** CORPORATION OF SASKATCHEWAN INC. (en adelante **POTASH**), dado que, según declaró el Tribunal , " *había que comprar acciones de POTASH porque se iban a disparar. Hay una serie de hechos históricos que motivan su decisión* ". Estas operaciones han sido calificadas como delictivas por el Ministerio Público dado su posible carácter de transacciones realizadas en base a información privilegiada relevante (INSIDER TRADING). La acusación se basa en que supuestamente el acusado conoció, con antelación al mercado, que el Banco de Santander había aprobado a la empresa anglo australiana BHP BILLITON un préstamo para lanzar una OPA sobre **POTASH**. En aquel momento el acusado trabajaba como adjunto al consejero delegado del citado banco.

La tesis de la acusación pública es que Alfonso operó en los CFDs de **POTASH** en base a la información del préstamo y que por lo tanto incurrió en un delito de abuso de mercado en su variante de operaciones con información privilegiada en dos ocasiones (las operaciones iniciales de los días 9, 10, 12 y 13 por otro lado la operación del 17 de agosto¹); sin embargo, **la tesis del Ministerio Público no puede prosperar debido a que no quedaminimamente acreditado que la financiación parcial de la OPA por banco Santander (proyecto Porcupine) fuera información privilegiada relevante (Insider Trading);** veamos:



Es cierto que, en el mismo periodo en que se realizaban aquellas operaciones sobre **POTASH**, la multinacional anglo australiana BHP BILLITON estaba preparando una posible Oferta Pública de Adquisición de Acciones (en adelante, OPA) sobre el capital de **POTASH**; así, el 4 de agosto de 2010, un equipo de especialistas de banco Santander comienza a preparar un paquete de financiación parcial y a favor de la compañía minera anglo australiana BHP BILLITON PLC de una posible OPA sobre **POTASH**. A efectos de respetar la confidencialidad de la operación a esta operación se le denomina PROYECTO PORCUPINE. El total de la financiación de la OPA alcanzaría los 45.000 millones de euros, interviniendo varios bancos en la misma, tratándose para Banco Santander de la operación más relevante de los dos últimos años. Obviamente la gestión del paquete de financiación debía desarrollarse con la máxima confidencialidad.

En este sentido, el Banco de Santander elaboró una lista de " *iniciados*" en la operación en la que figuraba el nombre de las 53 personas conocedoras de la operación, sin que en dicha lista figurara Alfonso , si bien en su condición de asesor del Sr. Felipe conoció la existencia del proyecto; este conocimiento no solo queda acreditado a tenor del cuestionario que a instancia del banco relleno el acusado declarando que " *la persona señalada con *2 en el anexo me informó cuando yo estaba de vacaciones de que existía un interés de BHP por Potash para la que se pedía financiación al banco. Por este motivo yo debía conocer la operación por si interesaba tratar el asunto con Felipe . En ningún momento traté el tema con nadie más* ", sino también, en virtud de las declaraciones, ante el Tribunal, de los testigos Baldomero , Ernesto y Íñigo .

Baldomero dijo a la Sala que " *era el responsable de financiar parte de esa operación*" y que " *el acusado estaba al tanto de la operación, no recuerda cuantas veces hablaban de la operación, pero sí sabe que fueron varias. La primera fecha fue el 5 de agosto y hablaron también durante los días siguientes*", añadiendo que " *hablaron el día 11. Puede ser que fueran a almorzar a Pozuelo ese día. Fueron los tres, el acusado, el declarante y el Sr. Ernesto . No puede recordar el detalle de lo que hablaron, pero hablaron de temas varios y seguro que apareció la operación Porcupín*"; en relación con la misma, el testigo en su declaración en el cuestionario entregado por el banco en solicitud de información (F. 341) hizo costar que, " *María Rosa , como adjunto de Felipe , recibió una nota que le envié el 5 de Agosto detallando la operación y pidiendo el apoyo del Consejero Delegado para obtener la aprobación de dicha operación. Esta misma nota fue también enviada directamente al Consejero delegado. Quiero señalar que en muchas operaciones relevantes hemos enviado notas de este estilo al Consejero Delegado y a Alfonso como su adjunto (Enel/Endesa, IPIC/ Cepsa, Sanofi/ Genzyme, etc). Luego comentamos el curso de la aprobación de la operación en los siguientes días (semana del 9 de Agosto) y como iba evolucionando la transacción (bancos que entraron). El Jueves 12 de Agosto me fui de vacaciones y apenas tuve contacto con él (no recuerdo ninguna conversación por teléfono, sí algún sms o mail pero no hablando específicamente de la operación.*"

Ernesto dijo a la Sala que " *hablé con él de la operación "Porcupín" personalmente*", añadiendo que comieron el día 11 de agosto en Pozuelo el acusado, Baldomero y el declarante y que durante la comida hablaron de la operación entre otras muchas cosas aunque de manera parcial y superficial entendiendo que el acusado estaba al corriente y sabía de qué iba la operación; en relación con la misma, el testigo en su declaración en el cuestionario entregado por el banco en solicitud de información (F. 342) hizo costar que, " *Como hacemos habitualmente es este tipo de operaciones, preparamos una nota para informar a Felipe (Vicepresidente segundo y Consejero Delegado) sobre la operación, para que nos de su apoyo en la comisión ejecutiva, Alfonso como persona adjunta al Consejero delegado tenía conocimiento de la operación y mantuve conversaciones durante la semana del 9 y del 16 de agosto para informarle sobre la misma.*"

Íñigo ratificó ante el Tribunal su declaración en el cuestionario entregado por el Banco con idéntica finalidad, la cual decía que, " *Hablé con Alfonso el 5 de agosto de 2010 cuando intentaba localizar al consejero del grupo para hablarle de la operación BHP-POTASH*" ; también dijo a la Sala que " *ordenó que se remitiera al Sr. Alfonso una nota interna 1 que iba dirigida al Sr. Felipe* ", nota que sin embargo, según los informes periciales obrantes en autos, no fue localizada copia en el ordenador del acusado, no existiendo certeza de que el correo electrónico en cuestión hubiera sido recibido, abierto y leído por Alfonso .

A: D. Felipe , Vicepresidente segundo y Consejero Delegado

De: Íñigo

Asunto: BHP Billiton

C/C :

Fecha: 05 de Agosto de 2010

"*El pasado martes 3 de Agosto, se aproximó BHP Billiton (A+) a Santander para pedirnos nuestro apoyo en la financiación de una importante adquisición. El target es Potash Corp (A-), compañía canadiense líder mundial en fertilizantes. La operación es extremadamente confidencial ya que todavía no se ha presentado la oferta de*



compra y **Potash** Corp cotiza en Canadá y Estado Unidos. Si la operación se complementara, el nuevo grupo seguiría manteniendo un rating de al menos A.

BHP está organizando una financiación por valor de US\$ 45.000 Millones. Quiere contar con sólo 4 bancos liderando la operación dada la alta confidencialidad de la transacción. Por tanto, la petición de la compañía es que cada uno de los cuatro bancos asegure US\$ 10.5000 Millones que serán sindicados una vez se lance la oferta (Septiembre) con el objetivo de reducir la exposición de los bookrunners a US\$ 3.000 Millones antes de fin de Octubre. Los US\$ 3.000 Millones restantes los toma Toronto Dominion que es asesor de BHP pero no tiene capacidad para asegurar esa cifra.

La compañía nos pide respuesta para el miércoles 11 de Agosto, ya que el jueves se reúne con el target para comenzar la negociación. La oferta formal se lanzará (de forma amistosa u hostil) la primera semana de Septiembre y en ese momento comenzará la sindicación.

La estructura de la financiación contempla un tramo puente de US\$ 25.000 millones que se cancelará obligatoriamente con emisiones de bonos, un tramo de US\$ 15.000 a 3 años y un tramo de US\$ 5.000 Millones a 4 años. Los equipos de sindicación y de mercados de capitales están cómodos con i) capacidad para syndicar el préstamo y reducir nuestra exposición de US\$ 10.500 Millones a US\$ 3.000 Millones y ii) capacidad del mercado de bonos para absorber emisiones de BHP por valor de US\$ 25.000 Millones en un plazo de 12 meses. Con esto, 12 meses después del cierre de la operación, tendríamos una exposición de máximo US\$ 1.333 Millones. Es importante señalar que, dado el calendario de aprobaciones del regulador, en ningún caso se prevé que la operación se cierre antes de Diciembre de 2010, por lo que nunca fondearíamos más que nuestra toma después de sindicación (US\$ 3.000 Millones).

Las condiciones negociadas para el préstamo, con fuertes incentivos para emitir bonos para cancelar el tramo puente, hacen que esta operación nos pueda genera en el entorno de US\$ 50 Millones en fees y US\$ 15 Millones en margen en 12 meses. Adicionalmente, los ingresos directamente ligados a la operación (emisiones de bonos y hedging) nos podrían dejar al menos otros US\$ 5 Millones.

Conviene señalar que en 2007 trabajamos con BHP en la financiación de la potencial adquisición de Rio Tinto (nunca se materializó). En esa ocasión se organizó un préstamo de US\$ 55.000 millones en el que Santander actuó como Bookrunner tomando US\$ 7.000 Millones. El apoyo del banco en esa ocasión y el continuo diálogo con BHP durante los 2 últimos años han hecho posible que tengamos esta oportunidad ahora.

Esta operación es sin duda, la operación más relevante de los dos últimos años. Formar parte del grupo que lidera la financiación permite a Santander afianzar su posición destacada en Europa en las grandes operaciones corporativas de M&A (inbev, Gas Natural, Enel, etc.)"

1 Informe pericial informático realizado por el ingeniero informático D. Genaro a instancia de Alfonso y ratificado ante el Tribunal (Fs. 2456-2462) e informe pericial realizado por Computer Forensics Laboratories S.L.L. (perito: D. Oscar) a instancia de Banco de Santander (Fs. 1398-1420)

Sin embargo no queda acreditado que la naturaleza de la información facilitada por BHP al banco Santander a fin de estudiar una financiación parcial para una hipotética OPA sobre **POTASH conocida por el acusado, fuera información relevante a los efectos de integrar el tipo penal del art. 258 del código Penal ; veamos:**

Según la normativa estudiada, una información es relevante si tiene la capacidad de alterar los precios de los valores a los que se refiere dicha información ; la información es relevante sólo si puede influir en los precios o cotizaciones de los mercados de valores, si no influye en los precios, la información no sirve para nada en la toma de decisiones y se considera irrelevante.

En el caso que no ocupa, los peritos D. Luis Alberto , catedrático de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad Autónoma de Madrid y D. Amadeo , Vicepresidente de L&S Forensic, S.L. en su informe pericial obrante a los folios 2512-2572, ratificado ante el Tribunal y en ningún momento desvirtuado por la prueba de cargo, manifiestan que " es evidente que la información sobre la OPA no cumple los requisitos para ser calificada como privilegiada. Si bien se refería a las acciones de **POTASH**, no era de carácter concreto y era información pública y notoria. Además la información desde el punto de vista técnico financiero no es relevante "; añadiendo que " El encargo profesional hecho por BHP al Banco Santander se limitó al estudio de una financiación parcial para una posible OPA sobre **POTASH**. BHP encargó el asesoramiento de la posible fusión o adquisición al banco de inversión JPMorgan y no al banco comercial Santander. En la financiación de los \$45 mil millones intervinieron al menos 6 bancos internacionales "

Precisando los peritos que: " En el caso concreto del banco Santander, debido a que su rol simplemente era el de un banco comercial, la información que necesitaba se circunscribía a la requerida para el estudio de un préstamo parcial sobre la posible OPA de BHP a **POTASH**. Dicho de otro modo, el Banco Santander no recibió la información



que sería necesaria para analizar una fusión o adquisición de **POTASH**, ya que esto se encargó a un banco de inversión extranjero. En el caso de **POTASH**, a parte de un banco de inversión, había por lo menos seis bancos comerciales: Toronto Dominion Bank, Chase, Santander, Barclays, BNP Paribas y Royal Bank of Scotland. Por tanto el hecho de que un banco apruebe una financiación, en este caso parcial, no significa nada en cuanto que haya o no OPA, por lo tanto en sí mismo no es información relevante a la cotización de un valor"; añadiendo que " El Banco Santander, como banco comercial, no tuvo la más mínima capacidad de decisión sobre si BHP lanzaría o no una OPA sobre **POTASH**. El banco Santander además de no tener ninguna capacidad de decisión sobre si BHP debía aprobar o no la OPA, desconocía a qué precio se lanzaría o no. Un banco comercial no tiene capacidad para decidir a qué precio se lanza o no una OPA ; es más, el banco comercial no cuenta con esa información ya que no lo necesita para cumplir su función; por tanto el hecho de que un banco comercial haya o no aprobado una posible financiación no implica ni que se vaya a lanzar una OPA ni que se deje de lanzar una OPA ."

Los peritos concluyeron en este punto, diciendo que, " Por lo tanto en una operación de posible OPA como la de **POTASH**, un banco comercial como Grupo Santander, se limita a cumplir su rol que es el de proponer un paquete de financiación . En ningún momento participa en la decisión de si se lanza o no una OPA, y en qué condiciones. Esto es función del Consejo de Administración de la Compañía, el cual, revisadas las diferentes variables, una de las cuales es la financiación de la operación, decidirá si lanza la OPA o no; esto implica que la concesión de una parte de la financiación necesaria para una Oferta Pública de Adquisición de Acciones no es un hecho determinante de que se produzca dicha OPA, ni información relevante para la cotización de un valor; los bancos comerciales que financian la operación de OPA no tienen acceso a la información verdaderamente relevante de la transacción como el precio a ofrecer secuencia temporal, forma de pago (metálico, intercambio de títulos, etc.), respuestas ante medidas anti OPA, etc; la información anterior y otra información adicional sí la tendría el banco de inversión asesor de la operación, por eso el peligro de que se produzcan actividades de INSIDER TRADING se sitúa en estos agentes y no en los bancos comerciales que simplemente contribuyen a financiar parcialmente la transacción ."

En este sentido, los peritos explicaron al Tribunal que: " cuando uno lanza una OPA, el papel fundamental lo tiene el Banco de inversión , el cual, en España no existe, porque es una fórmula que se emplea más en los países anglosajones. En el Reino Unido se llama "Merchant Bank", y en Estados Unidos, "Investment Bank". Estos bancos se dedican a asesorar a las empresas y ayudarles a montar las operaciones de compras de empresas, fusiones, adquisiciones, salidas a Bolsa etcétera. El Banco de inversión es quien conoce todo , y es quien ayuda a la empresa que va a hacer la OPA a diseñar la operación. El precio lo ha definido el Banco de inversión, así como el timing, la estrategia, etcétera. Los Bancos de inversión no tienen capacidad suficiente para financiar una operación de 45 millones de dólares. Luego, el Banco de inversión llama a un conjunto de bancos comerciales, en este caso, al Santander y a 5 más, para que financien la operación . Los Bancos comerciales no tienen ni un 5 por ciento de la información que tienen los bancos de inversión, sólo se les pide que financien, pero no conocen cuales son los aspectos clave de la OPA, por que ni si quiera hace falta; la financian o no la financian, pero no conocen los aspectos fundamentales, es decir, no conocían en profundidad la OPA que iba a lanzar el Grupo BHP sobre **POTASH**.

Es en la Banca de inversión donde puede estar la información relevante .

En este caso concreto, la información sobre la actividad financiera que iba a desarrollar el Santander, junto a otros 5 bancos adicionales, no es relevante, porque la información pública de la que se disponía en los mercados era mucha y, para varios Bancos y bastantes medios de comunicación como Bloomberg, The Economist, etcétera, había mucha información relevante en los mercados. Esta era información pública en la que se manejaban datos y con esto se conforma el precio de la acción de **POTASH**. El precio o la información del Banco Santander se diluye mucho, y, a su modo de ver, ya se conocía perfectamente en los mercados. Por tanto, la OPA no condicionaba la conformación del precio que iba adquiriendo la acción de **POTASH** "

Estos dos últimos puntos son tratados por los peritos en su informe haciendo constar ante la Sala que " Durante los meses anteriores la OPA de BHP a **POTASH**, la posible operación había sido mencionada de manera expresa; al menos treinta medios escritos hacen referencia expresa a la posible OPA de BHP a **POTASH** desde junio de 2009. Entre los medios escritos se encuentran algunos de los más prestigiosos del mundo: Bloomberg, Business Week, The economist, Reuters, The Telegraph, The Globe and Mail, así como prensa especializada Resource Investor, Mining Weekly, Market Watch etc. En febrero de 2010, el periódico canadiense The Globe and Mail comentaba incluso los efectos que tendría la adquisición de **POTASH** por BHP BILLITON en los ingresos del gobierno regional de Saskatchewan. Al menos, tres veces por escrito, Ruperto hace referencia expresa a que **Potash** es un objetivo muy tentador para BHP y que el precio de la OPA estaría entre \$ 125 y \$ 130 por acción (la OPA se lanza a \$ 130 por acción)".

Este último dato, en cuanto al precio de la OPA, es reiterado por los peritos precisando que " Diversos medios publican con anterioridad el precio exacto de la posible OPA : \$40 mil millones según Juan Francisco del Globe



Mail; \$37 mil millones según estimaciones de Gredit Suisse, a \$126 por acción; unos \$38-39 mil millones según estimaciones de Ruperto a \$130 por acción; medios como Bloomberg, Reuters, The Telegraph, Market Watch publican un precio de \$38-39 mil millones; el 17 de agosto **POTASH** anuncia que BHP le ha comunicado que quiere lanzarle una OPA a 130 \$ USA pero que la rechaza. La OPA se lanza definitivamente el 20 de agosto de 2010 al precio de 130 \$ por acción que supone un desembolso de \$39 mil millones para BHP."

En este sentido, los peritos explicaron a la Sala que, " *había información para aburrir. Había 30 informes de Bancos de inversión diciendo que se iba a producir la OPA desde un año antes y todos coincidían en los precios. Esto fue una OPA "televisada". Era público y notorio que iba a haber una OPA por parte de BHP. Por tanto, la información no es privada sino pública. Y por último, a su entender, no fue relevante porque el precio ya se sabía.*"

Al hilo de lo anterior, los peritos manifestaron que la información tampoco era concreta, haciendo constar en su informe que, " *El Banco Santander no era el Banco de inversión encargado de examinar los detalles de la posible OPA, su función se limitó exclusivamente a estudiar la concesión de un préstamo parcial para una posible OPA de BHP a **POTASH**, y por tanto, el 9 de agosto de 2010, Banco Santander desconocía si finalmente BHP firmaría y aceptaría las condiciones de financiación propuestas (el contrato no se firmó hasta el día 18 de agosto de 2010). El 9 de agosto, el Banco Santander no decidía si se lanzaba la OPA o no, el Banco Santander desconocía si el posible lanzamiento de la OPA sería finalmente aprobado por los órganos de administración o Junta de socios de BHP; asimismo, el Banco Santander desconocía el precio de la OPA y sus condiciones, etc. De hecho, BHP no comunicó nunca al Banco Santander el precio de la posible OPA; por tanto, la información de la que disponía el Banco Santander no era concreta desde el punto de vista de proporcionar una ventaja a un inversor que la hubiera tenido.*"

En este sentido, explicaron al Tribunal que, " *sea concreta equivale a que tenga algo que sea un elemento que influya o no en el precio, cosa que no se da en el caso que nos ocupa, porque el hecho de que un Banco comercial vaya a aprobar una parte de una financiación de una OPA, no dice ni si el resto de los Bancos la van a aprobar -si no la aprueban, la OPA no se hace- y tampoco tienen los elementos clave, es decir, saber el precio, las condiciones de la OPA, cuándo se lanza, etcétera. Solo se sabía que aquella compañía (BHP) iba a comprar y en que condiciones iba a darse el préstamo. No había información más concreta.*"

Asimismo, los peritos afirmaron que, " *El lanzamiento de la OPA de BHP no influyó en el comportamiento de la cotización de **POTASH**.*"

Cuando se anuncia la OPA, antes de la apertura del mercado a \$130, la acción de **POTASH** se dispara muy por encima del precio de OPA hasta \$143, un 10% por encima del precio de oferta, esto no es usual, ya que normalmente en una OPA la acción se sitúa cerca del precio de oferta, por la parte de abajo. No es habitual que se sitúe un 10% por encima en una OPA de \$40 mil millones.

El 14 de noviembre de 2010 BHP retira la OPA a **POTASH**; lejos de caer, la cotización de **POTASH** se queda muy por encima del precio de OPA, si la OPA fuese la razón por la que subió la cotización de **POTASH**, al haberse retirado la OPA y quedar claro que no habría OPA posible, la acción debería regresar a donde estaba previamente; por tanto, en el caso concreto y por las circunstancias particulares que se reflejan en nuestro informe, el que BHP lanzara o no una OPA sobre **POTASH** desde el punto de vista técnico financiero no constituía hecho relevante a la cotización. Si bien es cierto que generalmente cuando se lanza una OPA mayoritariamente, aunque no siempre, sube el precio de una compañía opada, es mucho más cierto y seguro que cuando la OPA se retira, la cotización de la opada siempre sedesploma.

En definitiva, cuando la OPA es el factor explicativo de la subida del precio de la acción, la retirada de la misma lógicamente implica que el precio de la acción de la sociedad opada se derrumbe. Si esto no sucede es porque existen otros factores que explican la evolución positiva de la acción. En el caso que nos ocupa, la retirada de la OPA no provoca la caída de las cotizaciones de **POTASH** ya que su acción se mantiene entre un 6% y un 35% por encima de 130\$ USA en los dos meses y medio siguientes a la OPA.

Esto indica claramente que la OPA, o ausencia de esta, es irrelevante a la cotización de la acción, ya que esta sigue en todo momento por encima del precio de OPA tras el 14 de noviembre de 2010. La acción se habría comportado de una forma similar con o sin OPA".

Los peritos concluyeron en este punto manifestando que " *Bajo nuestro punto de vista, es evidente que la información de la OPA era irrelevante.*"

Llegados a este punto, los peritos explicaron al Tribunal los factores económicos que a su juicio describían porque el precio de **POTASH** estaba subiendo, apuntando a la crisis del mercado del trigo en 2010 y sus efectos; así, hicieron constar que, " *El 5.08.2010 Rusia decide prohibir las exportaciones de trigo*"; añadiendo que, " *cuando un gobierno prohíbe las exportaciones de trigo o algún otro cereal, sea la razón que sea, el efecto*



inmediato es una menor oferta y por tanto una subida rápida de los precios a nivel mundial, con todas las consecuencias que ello acarrea.

El 5 de agosto y los días siguientes, expertos en la materia y analistas de mercados citan como los grandes ganadores de esta nueva situación (el precio del trigo disparado a máximos históricos tan solo comparable a la crisis del trigo de 2007- 08), a los grandes productores de fertilizantes, ya que existe una correlación entre subidas fuertes del precio del trigo y la cotización de compañías fertilizantes.

Entre el 5 de agosto y el 16, analistas tanto en prensa como en TV hacen referencia expresa a **POTASH** en numerosas ocasiones, citando como razones principales la fuerte subida del trigo, además de su presencia global, mix de negocio, y tamaño, **POTASH** es el mayor productor mundial de potasa; si bien la nueva situación favorecía a varias compañías fertilizantes, **POTASH** publicó resultados el 29 de julio de 2010 con cifras record y con unas expectativas de negocio muy buenas, en donde no se recogía esta subida drástica en los precios de los fertilizantes, algo extremadamente positivo para las cuentas de resultados de **POTASH** dada la correlación existente entre el precio del trigo y los resultados de estas compañías. El precio de la acción de **POTASH** comienza a subir de forma paralela con el precio del trigo. Esta correlación, se repite de nuevo tal y como sucediera en 2007."

Precisando los peritos en este sentido que, " La prohibición de Rusia de exportar trigo el 5 de agosto es el desencadenante de una ola especulativa alcista sobre **POTASH** y sus competidores; la evidencia es abrumadora señalando que el "rally" alcista fue un fenómeno generalizado para las empresas productoras de fertilizantes con fuerte peso en su mix de negocios de la potasa. El hecho de que alguna tuviese una OPA durante 2010 no influyó significativamente. **POTASH** habría tenido una evolución similar con OPA o sin OPA. El alza previsible en los precios de los fertilizantes como la potasa guió al alza las cotizaciones de esta industria. La evolución positiva de la cotización de **POTASH** se debe a la dinámica del trigo y la potasa. En este contexto la información sobre una posible OPA era completamente irrelevante".

En relación a este fenómeno alcista, el perito D. Teodulfo, catedrático de Economía Financiera y Contabilidad de la Universidad de Alicante, ratificando su informe a los folios 2890-2807, insistió al Tribunal que, " una de las razones fundamentales es la evolución del precio de los cereales, del trigo y del maíz. Hay una correlación perfecta entre lo que hace el precio del trigo y el de la potasa, los fosfatos, etcétera, que se usan para la agricultura. El año 2010 fue un año alcista en los precios de los cereales, porque el trigo llegó a subir más de un 40 por ciento, y esto hizo que subiesen de forma exagerada las cotizaciones de las acciones del sector. Además, el 5 de agosto del 2010, Rusia anunció oficialmente que iba a restringir sus exportaciones, y por tanto, esto provocó una subida del trigo, en un solo día, del 12 por ciento. Es un elemento a tener en cuenta, igual que hay que tener en cuenta que **POTASH** había presentado el 12 de julio los mejores resultados de su historia, y, a consecuencia de la subida del trigo, y de los fertilizantes, se produjo un movimiento de revisiones al alza de las recomendaciones del sector, y de subida de los precios objetivos de esos valores. De hecho, el 31 de julio si se hace un análisis de la valoración de los analistas sobre **POTASH**, el 70 por ciento recomendaba comprar, y no había ninguna recomendación de venta. Hubo analistas que empezaron a decir que el precio objetivo -es decir, dónde tendría que irse el precio de la cotización- se tendría que ir a 145 dólares. Pero la OPA no les preocupaba, sino lo que ocurría con el precio de los cereales, y esos influye en el precio de la potasa que es el principal bien que vende **POTASH**".

El perito añadió que, " Los años en que suban los cereales, **POTASH** subirá, y los años en los que bajen los cereales, **POTASH** bajará. En 2007 o 2008 hubo bastante volatilidad en los precios del trigo, y se ve que la cotización de **POTASH** fue paralela a lo que hicieron los precios del trigo. En su informe, se ha reflejado que el patrón del 2007 se replica exactamente en los meses siguientes, es un patrón que tiene una lógica aplastante. Es como si tenemos una mina de oro, cuando suba el oro la cotización de las acciones de la mina subirá y cuando baje el oro la cotización de las acciones de la mina bajará porque sus beneficios futuros bajarán. Esto es una empresa que extrae potasa, la potasa sube o baja según cuáles sean las cotizaciones de los cereales. Hay una tendencia alcista desde junio a diciembre de 2010 que tiene su razón de ser en fundamentos económicos."

El perito siguió explicando al Tribunal que, " El precio de la potasa está fuertemente relacionado con los precios de los cereales y **POTASH** era la empresa más potente del sector y con los costes de producción más bajos. Había ingresos altos, costes reducidos, beneficios, y eso lo conocía todo el sector. Durante todo el semestre, se produce, no sólo en **POTASH** sino en el resto de las empresas, una tendencia alcista, después hay oscilaciones a corto plazo en torno a que la empresa BHP lanza la oferta de compra. Aquí es importante distinguir que hay dos períodos: uno, desde el día 12 al 17 de agosto en que hay una oferta informal, una propuesta realizada de palabra primero, en un encuentro que tienen en Chicago los presidentes de las compañías que es información pública. Ésta fue una propuesta verbal. El viernes 13 de agosto se presenta una propuesta por escrito en una carta; el 16 lunes se reúne el Consejo de Administración de **POTASH** y decide rechazar la oferta y además tomar medidas preventivas defensivas contra OPAs hostiles. Este proceso finaliza el día 17, cuando el Director General



de **POTASH** anuncia públicamente que se rechaza la oferta realizada por BHP porque la consideran perjudicial para los accionistas y consideran también que el precio minusvalora la compañía.

El día 17 se dispara la cotización de las acciones de **POTASH**, pero no por la oferta pública, que todavía no se había realizado, sino porque el propio Consejo la rechazó. Lo que produjo el rebote de los precios no es la oferta en sí, sino el rechazo de la misma. Era un acontecimiento imprevisible. Los precios de las acciones reaccionan ante lo desconocido, ante lo imprevisible. Pese a eso, se entra en la segunda fase que comienza el día 18 y termina en noviembre. El día 18 BHP hace una oferta formal de compra dirigida a los accionistas. Ese día empieza la OPA. El día 20 se anuncia, en toda la prensa mundial, la oferta y sus condiciones, precio, plazo, mínimo de acciones para terminar con la OPA, etcétera. Impusieron un límite que se tenía que aceptar para que la OPA se llevara a cabo y es que tenía que aceptarla el 50 por ciento de las acciones de la sociedad. El día 23 hay un comunicado del Consejo de Administración de **POTASH** pidiendo a los accionistas que se negaran a aceptar la oferta a ese precio por considerarla perjudicial y porque minusvaloraba el precio de la compañía. Ese mismo día, una empresa de análisis financiero hace una encuesta entre todos los analistas financieros y dan como el precio para **POTASH** unos 153 dólares en lugar de los 130 de la OPA. Transcurrido este periodo, lo que ocurre en las OPAS, cuando fracasan, el precio de las acciones se hunde, pero no es así en este caso, sino que alcanza un precio de 180 en enero del 2011, lo que ratifica que la tendencia a medio y largo plazo del precio de las acciones estaba marcada por otros acontecimientos, no por la OPA en sí, sino por fundamentos económicos".

Los peritos concluyeron manifestando al Tribunal que la información relativa al proyecto "Porcupine" no cumplía los requisitos de información relevante, ya que un banco comercial como es el caso del Santander en la operación de **POTASH**, no manejaba información que pudiera otorgar una ventaja a un inversor razonable, precisamente porque la información no era de carácter concreto (precisa), no cumplía la condición en cuanto a que no fuese pública, y sin capacidad de influencia apreciable sobre la cotización de los valores o instrumentos financieros a los que hacía referencia (relevante).

Llegados a este punto, a la vista del conjunto de la prueba de cargo y descargo practicada en la vista oral, surgen dudas al Tribunal en cuanto a que la información del citado proyecto de financiación, conocida por el acusado, fuera información relevante a los efectos del art. 285

CP; ni la documental aportada en su escrito-denuncia por el Ministerio Público¹, ni la testifical practicada en el plenario desvirtúan la presunción de inocencia del acusado; es más, el testigo Casimiro manifestó a la Sala que, "del informe que hizo el área de cumplimiento no se pudo acreditar que hubiera utilizado información privilegiada", y que, "entendían que no estaban en condiciones de poder acreditar lo que hubiera sido un incumplimiento contractual muy grave, como era el uso de información privilegiada en beneficio propio o ajeno, y no se acreditó en la investigación." Otro tanto ocurre con la denuncia de la Fiscalía del Tribunal de Distrito de Luxemburgo contra el acusado (Fs. 14-16) o la demanda civil de la Comisión de valores y Bolsas del Tribunal de Distrito-sur de Nueva York (EEUU) frente al acusado Alfonso y el partícipe a título lucrativo Lucio (Rollo de Sala), las cuales por sí mismas al no haber llegado a ningún pronunciamiento respecto de ambos nada acreditan; en cuanto a la jurisprudencia citada por el Ministerio Público en los casos Alierta (STS 1136/2010 de 21-12) y Merino (SAP 486/2013, de 27-05) no es aplicable al caso de autos al no darse las mismas circunstancias, siendo los hechos totalmente distintos en cuanto a su aforo y distantes en su planteamiento.

1 Los informes del banco Santander no han sido ratificados en la vista oral ni poseen acervo incriminatorio alguno.

2 Director relaciones laborales Grupo Santander

Así las cosas, el relato incriminatorio construido por el Ministerio Fiscal refiriendo que el acusado Alfonso incurrió en un delito de abuso de mercado al operar con información privilegiada se apoya en indicios claramente insuficientes y admite otra interpretación alternativa respaldada por la pericial estudiada y avalada por la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de enero, la cual en su considerando nº 31 establece que, "No deben considerarse información privilegiada los análisis y las estimaciones elaborados a partir de datos públicos y, por lo tanto, cualquier operación efectuada sobre la base de este tipo de análisis o estimación no debe considerarse en sí misma como constitutiva de abuso de información privilegiada con arreglo a la presente Directiva."

Por lo que, no estando acreditado suficientemente el sustrato fáctico exigido por el art. 285 CP ni tampoco ilícito beneficio en perjuicio de inversores al no quedar acreditado el origen de los bienes en una actividad delictiva, requisito exigido por el art. 301 del citado texto legal (blanqueo bienes), y existiendo además una versión razonada y razonable, alternativa e imbricada en los hechos probados, la convicción sobre la culpabilidad del acusado Alfonso carece del grado de certeza objetiva exigido para fundamentar una condena a la luz de la exigencia constitucional de que la culpabilidad quede probada "mas allá de toda dudarazonable"



En este sentido, igual consideración debe ser aplicada en relación a *Lucio*

-participe a título lucrativo a los efectos del art. 122 del CP , según calificación del Ministerio Público- al no quedar acreditada la afirmación del Ministerio Fiscal en su escrito de acusación en cuanto a que , " *el acusado facilitó la información sobre la Operación "Porcupine" a su amigo Lucio* "; afirmación negada por ambos y que el citado Ministerio mantuvo vía informe haciendo referencia al elevado número de llamadas (23) y sms (58) del acusado *Lucio* durante el mes de agosto de 2010; sin embargo, en el informe elaborado por banco de Santander (Fs. 30-34) y en el epígrafe titulado "Análisis de la posible relación entre Alfonso y *Lucio* " se hace referencia a una serie de mensajes sms y correos electrónicos concluyendo, tras el análisis de los mismos, que, " *El contenido de los sms y correos electrónicos es de carácter puramente personal, sin que se mencione en ningún momento el proyecto "Porcupine" ni directamente ni indirectamente, ni se haga referencia ninguna otra operación sobre valores*".

Asimismo, el citado informe aporta 2 datos sobre el particular:

- No existe evidencia de que Alfonso haya recomendado a un tercero operar sobre **POTASH**.
- No existe evidencia de que *Lucio* haya dispuesto de información privilegiada sobre **POTASH**.

Por tanto, no existiendo suficientes datos o circunstancias que avalen la tesis inculpativa del Ministerio Fiscal en cuanto a la naturaleza delictiva de los hechos enjuiciados y su autoría tanto por el acusado como por el participe a título lucrativo, no logrando asegurar con la certeza que requiera un pronunciamiento de condena los postulados de la acusación pública al no existir suficiente prueba de cargo que el Tribunal pueda valorar, se impone, en los casos de insuficiencia de prueba, la absolución por aplicación de principio " *in dubio pro reo* " (SSTC 20/02/1989 ; 15/10/1990 y 23/11/1991)

SEGUNDO .- COSTAS

Las costas procesales deben ser impuestas por ministerio de la Ley a los criminales responsables de todo delito o falta (artículo 123 del Código Penal), debiendo declararse de oficio las correspondientes al delito o delitos del que sean absueltos.

En virtud de lo expuesto;

FALLAMOS

1. ABSOLVEMOS A Alfonso de los delitos de uso de información relevante y de blanqueo de capitales por los que venía siendo acusado por el Ministerio Fiscal, con declaración de oficio de las costas procesales.
2. ABSOLVEMOS A *Lucio* de la responsabilidad patrimonial civil que le era exigida por el Ministerio Público al considerarle participe en los efectos del delito de uso de información relevante, con declaración de oficio de las costas procesales.

ACORDAMOS el alzamiento de cuantas medidas cautelares existan contra Alfonso y *Lucio* en el presente procedimiento.

DECLARAMOS que la formación de la causa no perjudica la reputación de Alfonso .

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme, ya que contra la misma puede interponerse recurso de casación para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la última notificación practicada de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

VOTO PARTICULAR

DEL MAGISTRADO JOSE RICARDO DE PRADA SOLAESA EN RELACION CON LA SENTENCIA DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO ROLLO DE SALA Nº 5/2013 DE LA SECCIÓN SEGUNDA DE LA SALA DE LO PENAL.

Mi disconformidad con la sentencia dictada por la mayoría de la Sala estriba en lo siguiente:

En mi opinión considero que la interpretación mas racional de los hechos que se declaran probados lleva a una conclusión distinta de la que llega la mayoría del Tribunal, además de contenerse en los mencionados hechos probados afirmaciones relevantes desde el punto de vista de la calificación jurídica, respecto de las que sin



estar en desacuerdo con ellas, resultan imprecisas y requieren de una necesaria matización, imprescindible para la correcta tipificación penal de los hechos.

Me refiero especialmente a la expresión: "no ha quedado acreditado que la obtención de financiación a través de un préstamo fuera un factor determinante a la hora de aprobar el lanzamiento o no de la OPA sobre **POTASH**, ni que la OPA influyera en la evolución del valor de **POTASH**". Por una parte, resulta una conditio sine qua non para el lanzamiento de la OPA contar con la financiación suficiente para su realización, de otra manera no es viable ni posible. Resulta cierto que la decisión final sobre el lanzamiento de la OPA dependerá además de otros factores, lo mismo que el resultado de ésta, ya que la financiación es puramente instrumental. En cualquier caso, realizar todas las gestiones para obtener la financiación, por un importe de 45.000 millones de Euros, con necesidad para ello de intervención sindicada de varias entidades financieras, una de ellas Banco Santander, es un factor muy relevante para el lanzamiento de la OPA y en cualquier caso absolutamente indicativo de la existencia de un proyecto serio y cerrado de lanzamiento de OPA. Por otra parte, contar con información sobre la marcha y los tiempos de la operación de financiación, aporta también mucha información sobre el decurso de la propia OPA. Por otra parte, resulta no solo técnica sino ontológicamente imposible que el anuncio de la OPA no tuviera ninguna influencia en el valor de las acciones. Es indudable, y aparece perfectamente objetivado, que se produjo un alza importante en el precio de las acciones, lo que es precisamente la razón del abultado beneficio económico obtenido en operaciones a corto plazo. La única afirmación posible, rigurosa desde la lógica, hubiera sido que no es determinable en qué medida el anuncio de la OPA influyó en el precio de las acciones, habida cuenta de la existencia del propio rumor en los mercados financieros de una posible OPA y de otros factores también relevantes desde la perspectiva de la apreciación de la cotización de las acciones. Cualquier afirmación al respecto es especulativa, por mucho que se puedan utilizar modelos de análisis o predicción, pero en todo caso, en un aumento importante de la cotización en un corto periodo, coincidiendo el factor OPA, antes y después de su anuncio, como también su rechazo, no se puede afirmar, respetando las mas elementales reglas de la lógica y del mercado, que no tuvo ninguna clase de influencia en el precio de las acciones, porque es evidente que la tuvo y además, y es lo mas importante, lo previsible era que la tuviera, de ahí su relevancia.

El Sr. Alfonso , y por extensión el Sr. Lucio , disponían, como se declara probado, de información privilegiada reservada solo para un grupo mínimo de personas. Esa información abarcaba no solo al hecho de una OPA cierta y viable en cuanto que había obtenido financiación, sino que también era inminente. Ello, además de una información privilegiada, es una información relevante que se refiere a un hecho "crítico", es decir no habitual, que potencialmente podría tener una gran influencia en el precio de las acciones. Independientemente de cual fuera el comportamiento final del mercado, en un razonable análisis ex ante o de pronóstico de situaciones futuras, permitía aventurar importantes cambios en el precio de las acciones. Además de la información, el análisis sobre la relevancia económica de ésta por parte de un sujeto experto como el Sr. Alfonso , es lo que sin duda le llevó, y por su consejo al Sr. Lucio , a trasgrediendo normas básicas de comportamiento ético y jurídico de aquellos que profesionalmente ocupan determinadas posiciones en la actividad financiera, a efectuar varias operaciones en corto altamente especulativas totalmente apegadas al factor OPA que conocían, el primero utilizando instrumentos financieros netamente especulativos como son los CFDs, es decir sin dinero contante, que les produjo un importante beneficio económico, en el caso del Sr. Alfonso , de 868.027,82 . Esta situación hizo saltar los sistemas de alarmas de las autoridades de control bursátil norteamericanas.

Respecto de las periciales, cabe decir, aparte de que sus conclusiones deben ser analizadas críticamente, sin olvidar desde luego que son periciales de parte, se limitan a realizan un análisis ex post y claramente intentan resaltar ciertos aspectos en detrimento de otros, restando valor a la información utilizada por el Sr. Alfonso , por vía de los resultados o del comportamiento del mercado que ellos estiman que se ha producido y la influencia de la OPA en el precio final de las acciones, mas que desde la perspectiva de lo que influyó en el sujeto en el momento de actuar y de lo que era previsible que se produjera para lanzarse a una operación que, digan lo que digan, resulta obvio que fue muy beneficiosa económicamente para el Sr. Alfonso y el Sr. Lucio , y que para ello estuvo en todo momento apegada a la marcha de la OPA, de cuyo lanzamiento, fechas y otras vicisitudes tenían certeza y no manejaban a título de simple rumor.

Con estos elementos, no me cabe ninguna duda que se dan en el Sr. Alfonso todos y cada uno de los elementos típico penales del art. 285.1 del CP y del carácter de participe lucrativo de Sr. Lucio . Lo que pretende dicho tipo penal es precisamente la evitación de este tipo de conductas de utilización de información económica privilegiada, que además sea relevante, circunstancia esta última que se determina en función de una serie de elementos objetivos a analizar ex ante y no por el resultado final o por cómo terminan operando en función de los imprevisibles avatares del mercado. Lo que también exige el tipo es un determinado resultado económico también relevante, que actúa, además de como una condición objetiva de punibilidad, como una exigencia añadida sobre la relevancia de la conducta y de la información privilegiada, lo que también se da en este caso.



En Madrid a diecisiete de enero de dos mil catorce.

PUBLICACIÓN: LEÍDA Y PUBLICADA HA SIDO LA ANTERIOR HA SIDO LA ANTERIOR SENTENCIA EN LA FORMA PREVISTA POR LA LEY, DOY FE.

En Madrid a de enero de dos mil catorce.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ