

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 21 DE JULIO DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso núm.: 3257/2021

Ponente: D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 18 de marzo de 2021.

Fallo: Admisión

En Madrid, a 21 de julio de 2021.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional dictó, con fecha 18 de marzo de 2021, sentencia en el procedimiento ordinario n.º 565/2020, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo interpuesto por Telepizza Group, S.A. contra la resolución de la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital de 18 de febrero de 2020, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 29 de mayo de 2019, por la que se impone a la recurrente una multa por importe de 150.000 euros por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 295.15 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 17.1 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado, en relación con información privilegiada suministrada a la CNMV.

Según resume la Sala de instancia en su sentencia, la resolución impugnada considera que no se facilitó de forma pronta una información completa y veraz de los motivos por los que el Sr. Q, consejero independiente, dimitía, toda vez que en el hecho relevante notificado el 18 de mayo de 2018 se expresaba que la dimisión tenía como base motivos personales, cuando en realidad la dimisión vino propiciada por el desacuerdo del Sr. Q con decisiones de estrategia de la compañía y, en particular, con la línea defendida por la mayoría del Consejo de administración en la denominada operación Pinta.

A continuación, la sentencia desestima las alegaciones referidas a la veracidad del hecho relevante y la falta de tipicidad de la conducta, y ello en consideración a las obligaciones que imponen los artículos 7 y 17.1 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, y la finalidad que tienen en orden a garantizar la transparencia e integridad del mercado, permitiendo la toma de decisiones por parte de los distintos operadores con conocimiento de las circunstancias que puedan tener un impacto en los precios de los valores admitidos a negociación. Añade que el hecho relevante comunicado no puede valorarse sin considerar lo acaecido en los días previos a la dimisión del Sr. Q y la comunicación del hecho relevante, llegando a la conclusión que, en efecto, la dimisión tenía como fundamento una motivación personal, pero que venía dada por las reticencias que el dimisionario había manifestado en relación a la operación Pinta, en contra de la mayoría del Consejo, sin que la dimisión pueda considerarse como un hecho aislado, sino como el resultado de proceso de toma de decisiones; y concluye que el motivo último de la dimisión era trascendente y lo suficientemente concreta, referida a un hecho ya acaecido, que podía influir en la toma de decisiones de un inversor razonable y en los precios de cotización, constatando, de hecho, que tanto el anuncio de la operación de alianza con Pizza Hut como de la posterior dimisión del consejero no resultaron hechos sin impacto en los precios de la acción, porque durante las sesiones coetáneas el precio sufrió un alza, que posteriormente corrigió, sin volver a alcanzarla.

La sentencia desestima también las alegaciones referidas a la falta de culpabilidad por inexistencia de la obligación de incorporar los motivos de la dimisión, al no existir, a la fecha de la publicación del hecho relevante, norma ni recomendación de la CNMV que exigiera publicar como tal los motivos concretos de dimisión de un consejero concreto. Razona la sentencia que la obligación de comunicar determinada información deriva, no de las Recomendaciones de la CNMV plasmadas en el Código de Buen Gobierno y en la Guía de Recomendaciones, sino de los artículos 7 y 17 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, y que la Circular 4/2009, de 4 de noviembre, de la CNMV, que regula la información, los procedimientos y la forma de efectuar comunicaciones de información relevante, desarrolla una lista meramente indicativa de los supuestos que se consideran de información relevante; y concluye que no puede afirmarse que no exista culpabilidad cuando tales normas ponen el acento en la influencia que puede producirse en el mercado. Desestima también la sentencia la alegación de la vulneración del principio de culpabilidad por falta de *lex certa*, por cuanto la resolución recurrida se atiene a los artículos 7 y 17 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 y a las normas de la Circular 4/2009, de 4 de noviembre, de la CNMV, y ésta preceptúa en su Norma primera que el hecho de que un supuesto no figure en la relación no significa que no pueda ser información relevante.

Por último, la sentencia considera que no ha sido infringido el principio de proporcionalidad.

SEGUNDO.- La sociedad recurrente, Telepizza Group, S.A., ha anunciado su intención de recurrir en casación dicha sentencia mediante escrito de preparación en el que denuncia, en primer lugar, la vulneración del principio de tipicidad del artículo 25.1 CE en relación con los artículos 295.15 del TRLMV y los artículos 7 y 17.1 del Reglamento (UE) 596/2014. Alega que cuando la información privilegiada a comunicar se refiere a la motivación de una decisión personalísima adoptada por una persona física, debe atenderse necesariamente a lo que esa persona física haya manifestado. En el caso concreto, consta que esa persona física expresó en un primer correo electrónico que sus motivos consistían en no considerarse idóneo para gestionar un proyecto respecto de que había votado en contra y su incomodidad por el curso de los debates producidos en el seno del órgano de administración, siendo ésta una motivación personal. Añade que la sentencia es errónea al considerar que solo y exclusivamente el emisor puede ser responsable por la difusión de información supuestamente no veraz al mercado y considerar, por ello, que era irrelevante que el Sr. Q confirmara de manera expresa el texto del hecho relevante, pudiendo generar la interpretación de la Sala de instancia un grave perjuicio en el mercado, al legitimar que una persona física pueda mentir al emisor en relación con un hecho que se refiere al fuero interno de esa persona física y trasladar la responsabilidad al emisor.

En segundo lugar, denuncia la infracción del artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los artículos 295.15 del TRLMV y los artículos 7 y 17.1 del Reglamento (UE) 596/2014, por ausencia de culpabilidad. Alega que no existe ninguna obligación legal, ni recomendación, según la cual debían publicarse como información relevante los motivos específicos de dimisión de un consejero. Añade que cumplió estrictamente con la recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno de 2015, que únicamente exigía que se comunicase como

hecho relevante el cese del consejero, pero no los motivos de su cese, y, con invocación de los principios de confianza legítima y de culpabilidad, concluye que el carácter abierto de la norma y la existencia de una recomendación del supervisor han de jugar a favor de la exoneración de la responsabilidad.

Como motivos de interés casacional objetivo invoca la presunción del artículo 88.3.d) LJCA. También invoca la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, alegando que todavía no se ha formado jurisprudencia sobre la correcta interpretación del artículo 17.1 del Reglamento (UE) 596/2014, y cuyos términos dan cabida a un amplio margen de interpretación, especialmente si se proyecta sobre una situación tan común como puede ser la dimisión de un consejero en una sociedad cotizada o su salida anticipada.

También invoca los supuestos de las letras c) y f) del artículo 88.2 LJCA.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 7 de mayo de 2021, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo. Se ha personado ante esta Sala la mercantil Telepizza Group, S.A., representada por la procuradora de los Tribunales D.^a SVS, en concepto de parte recurrente. Y, en concepto de parte recurrida, se ha personado el Abogado del Estado, quien se opone a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Ramón Arozamena Laso, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestimó el recurso interpuesto contra la resolución dictada por la CNMV, confirmada por la Ministra de Asuntos Económicos y Transformación Digital, por la que se impuso a la sociedad recurrente una sanción de multa en relación con información privilegiada suministrada a la CNMV.

SEGUNDO.- En el expositivo fáctico precedente han quedado resumidas las infracciones jurídicas denunciadas por la recurrente en su escrito de preparación, así como los supuestos de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que estima concurrentes y que, a su juicio, justifican la admisión del recurso. Procede, pues, entrar directamente al examen de la admisibilidad del recurso.

Invoca el recurrente en casación, junto a otros supuestos, la concurrencia de las presunciones de interés casacional objetivo contempladas en el artículo 88.3.d) LJCA - que evidentemente concurre- y en el artículo 88.3.a) LJCA.

No obstante lo anterior, hemos manifestado ya en diversas ocasiones -entre otros, en los AATS de 10 de abril de 2017 (RRCA 225/2017 y 227/2017)-, que tales presunciones no tienen carácter absoluto pues el propio artículo 88.3 LJCA, in fine, permite inadmitir (mediante "auto motivado") los recursos inicialmente beneficiados por la misma, cuando este Tribunal Supremo "aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés

casacional objetivo para la formación de jurisprudencia". Esa carencia de interés casacional para la formación de jurisprudencia en el asunto, que permite inadmitir un recurso de casación a pesar de concurrir la presunción legal, ha de ser manifiesta; esto es, evidente y directamente apreciable sin complejos razonamientos jurídicos. Más concretamente aún, por lo que respecta a la presunción establecida en el subapartado a), hemos señalado que el hecho objetivo de que la norma cuya infracción se denuncia carece de jurisprudencia que la haya interpretado y aplicado, por tratarse de una norma de reciente aprobación, no implica que solo por tal circunstancia el recurso de casación merece ser admitido. Al contrario, en todo caso habrá que dar el paso añadido de justificar de forma convincente que el problema interpretativo concretamente planteado en relación con esa norma huérfana de doctrina jurisprudencial, puesto en relación con las circunstancias del caso, ostenta el "*interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia*" al que se refiere el apartado 1 del artículo 88, como pórtico de los supuestos que dicho precepto enuncia a continuación.

TERCERO.- En el caso examinado, en relación con la cuestión sobre la existencia o no de obligación de publicar como información relevante los motivos específicos de dimisión de un consejero, la sentencia, frente a la invocación de la parte recurrente de la Recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno de las sociedades cotizadas de 2015, razona que la obligación de comunicar determinada información no deriva de las Recomendaciones de la CNMV plasmadas en el Código de Buen Gobierno y en la Guía de Recomendaciones, sino de los artículos 7 y 17 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, y de la Circular 4/2009, de 4 de noviembre, de la CNMV, en los que se establece una obligación de carácter abierto, que atiende a las circunstancias del caso, en función del impacto que la información pueda tener en el mercado desde el punto de vista de la transparencia e integridad de la información, con el fin de ofrecer toda la información que permita adoptar una decisión a un inversor razonable, y concluye que no puede afirmarse que no exista culpabilidad cuando tales normas ponen el acento en la influencia que puede producirse en el mercado.

Frente a ello, la recurrente considera que no existe ninguna obligación legal, ni recomendación, según la cual debían publicarse como información relevante los motivos específicos de dimisión de un consejero. A estos efectos, como ya ha quedado expuesto en los Hechos de esta resolución, alega que cumplió estrictamente con la recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno de 2015, que únicamente exigía que se comunique como hecho relevante el cese del consejero, pero no los motivos de su cese, y, con invocación de los principios de confianza legítima y de culpabilidad, concluye que el carácter abierto de la norma y la existencia de una recomendación del supervisor han de jugar a favor de la exoneración de la responsabilidad.

Ante una normativa que establece, conforme afirma a sentencia de instancia, una obligación de carácter abierto, sin exigir específicamente que se notifique como hecho relevante los motivos del cese de un consejero de una sociedad cotizada, la cuestión que se plantea es determinar la incidencia que pueda tener, a efectos de la exoneración de la responsabilidad, el cumplimiento por la recurrente de la Recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno aprobado por acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015 -vigente en el momento en que se dicta la resolución recurrida-, que establecía que "cuando, ya sea por dimisión o por otro motivo, un consejero cese en su

cargo antes del término de su mandato, explique las razones en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que dicho cese se comunique como hecho relevante, del motivo del cese se dé cuenta en el informe anual de gobierno corporativo", esto es, y en lo que aquí interesa, contempla la comunicación del cese del consejero como hecho relevante, pero no de los motivos del cese.

Por su parte, cabe añadir que en 2020 cambió la redacción de la Recomendación n.º 24 que dice ahora:

"Que cuando, ya sea por dimisión o por acuerdo de la junta general, un consejero cese en su cargo antes del término de su mandato, explique de manera suficiente las razones de su dimisión o, en el caso de consejeros no ejecutivos, su parecer sobre los motivos del cese por la junta, en una carta que remitirá a todos los miembros del consejo de administración. Y que, sin perjuicio de que se dé cuenta de todo ello en el informe anual de gobierno corporativo, en la medida en que sea relevante para los inversores, la sociedad publique a la mayor brevedad posible el cese incluyendo referencia suficiente a los motivos o circunstancias aportados por el consejero".

Y aunque las recomendaciones de buen gobierno contenidas en el citado Código son de carácter estrictamente voluntario, como se hace constar en el mismo, haciéndose constar igualmente que "el grado de cumplimiento no debe servir de base para eventuales resoluciones de la CNMV, pues otra cosa desvirtuaría el carácter estrictamente voluntario de las recomendaciones de este Código de buen gobierno", sin embargo, las mismas no dejan de constituir una referencia de buenas prácticas emitida por el órgano competente en materia de supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, por lo que procede concluir que, concurriendo la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, e invocando la parte recurrente como supuesto de interés casacional, entre otros, el previsto en el artículo 88.3.a) LJCA, justificando la necesidad de un pronunciamiento del Tribunal Supremo para la formación jurisprudencia, y no apreciando esta Sala que la cuestión carezca manifiestamente de interés casacional objetivo, procede, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma, admitir el presente recurso de casación.

CUARTO.- De conformidad con cuanto acabamos de exponer, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 90.4 LJCA, declaramos que el interés casacional objetivo consiste en determinar la incidencia que pueda tener, a efectos de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de publicación de información privilegiada, el cumplimiento por la recurrente de las Recomendaciones contenidas en el Código de Buen Gobierno aprobado la CNMV, en este caso, de la Recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno aprobado por acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015. Las normas que en principio serán objeto de interpretación son el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los artículos 295.15 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y los artículos 7 y 17.1 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y

por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión.

Todo ello sin perjuicio de que la sentencia pueda extenderse, ex artículo 90.4 LJCA, a otras cuestiones o normas si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

SEXTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir a trámite el recurso de casación n.º 3257/2021, preparado por la representación procesal de Telepizza Group, S.A. contra la sentencia de 18 de marzo de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 565/2020.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar la incidencia que pueda tener, a efectos de la exoneración de la responsabilidad por incumplimiento de la obligación de publicación de información privilegiada, el cumplimiento por la recurrente de las Recomendaciones contenidas en el Código de Buen Gobierno aprobado la CNMV, en este caso, de la Recomendación n.º 24 del Código de Buen Gobierno aprobado por acuerdo del Consejo de la CNMV de 18 de febrero de 2015. Para ello será necesario interpretar, en principio, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, en relación con los artículos 295.15 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y los artículos 7 y 17.1 del Reglamento (UE) n.º 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de la Comisión; sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras cuestiones o normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 LJCA.

3.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

4.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

5.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.