

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 24 DE OCTUBRE DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº: 3352/2017
Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de abril de 2016
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 24 de octubre de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 17 de abril de 2016, sentencia desestimatoria del recurso contencioso-administrativo número 1098/2014 interpuesto por la entidad Gestión de Patrimonios Inmobiliarios Agencia de Valores SA, contra la resolución de 3 de marzo de 2014, del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 25 de septiembre de 2013, por la que se le impone una sanción de 40.000 euros, por la comisión de una infracción grave.

La resolución de 3 de marzo de 2014 del Subsecretario de Economía y Competitividad, acuerda lo siguiente:

« [...] A. En primer lugar, la recurrente manifiesta que la empresa de servicios de inversión realizó un Juicio subjetivo que le llevó a considerar que no existían indicios razonables para entender que debía comunicar la operativa realizada como sospechosa de manipulación. A este respecto debe señalarse que la Resolución no niega la realización de dicho juicio por la entidad, si bien, como luego se referirá, considera que el cumplimiento de la obligación de comunicación no puede quedar completamente condicionado por la mera consideración subjetiva de la entidad acerca de la existencia o no de indicios razonables de manipulación de mercado, sino que en cuanto tales indicios razonables existan, la entidad tiene la obligación de comunicar

[...]

En todo caso, y a efectos de considerar o no como -indicio razonable el elevado volumen negociado del valor en la operativa llevada a cabo por ZINKIA entre el 18 de febrero y el 8 de marzo de 2011, se recuerda a la recurrente que, tal y como consta acreditado en los Hechos Probados recogidos en la Resolución que ahora se recurre, el volumen de compras realizado a nombre de ZINKIA, en dicho periodo, representó el 40% del total negociado, superando en ocho de las subastas celebradas en esas sesiones el 70% del volumen negociado y alcanzando el 100% en cinco de ellas, porcentajes estos que superan con creces tanto el definido en la Carta Circular 12/1998, y que fue tenido en cuenta en el marco del procedimiento sancionador, como, obviamente, el criterio más estricto fijado en la Recomendación de 18 de Julio de 2013 que alega ahora la recurrente.

[...]

A este respecto, debe señalarse que el tipo al que hace referencia la recurrente y que viene recogido en el artículo 83 quater de la LMV establece que "las entidades que

efectúen operaciones con instrumentos financieros deberán avisar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con la mayor celeridad posible, cuando consideren que existen indicios razonables para sospechar que una operación utiliza información privilegiada o constituye una práctica que falsea la libre formación de precios De dicho precepto se desprende, por tanto, que tras la realización de un juicio de valor por parte del intermediario financiero, y una vez éste considere la existencia de indicios razonables, de acuerdo con los indicios que ofrece la normativa para detectar este tipo de operaciones como sospechosas de manipulación, deberá comunicar dicha operativa a la mayor brevedad posible al órgano supervisor.

[...]

Siendo así y en ausencia de dolo acreditado, en el presente caso se ha partido de la existencia, cuando menos, de una falta de la debida diligencia exigible al intermediario financiero GPM en el cumplimiento de las obligaciones que la normativa del mercado de valores le exige, y ello porque a él le correspondía, en base a los indicios razonables que la norma le otorgaba, el haber comunicado a la mayor celeridad la operativa de ZINKIA como sospechosa de manipulación [...]»

La sentencia desestima el recurso, al considerar acreditado que la agencia de valores no comunicó las operaciones sospechosas de manipulación de precios con relación a las operaciones sobre acciones propias de Zinkia Entertainmet SA ante los indicios razonables advertidos por el informe de la Unidad de Vigilancia de los Mercados de la Dirección General de Mercados, concluyendo lo siguiente:

«[...]QUINTO: Como se ha señalado por esta Sala, en la sentencia de 28 de septiembre de 2012 dictada en el recurso 520/2011, la obligación de comunicar que impone el artículo 83 quater de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores a las entidades que efectúen operaciones con instrumentos financieros no exige que el recurrente tenga certeza de que se ha cometido una posible infracción sino sólo una sospecha, siendo suficiente que aprecie la existencia de indicios pero no una prueba plena. La finalidad del precepto es facilitar a la CNMV la supervisión de las operaciones del mercado al objeto de garantizar su integridad y transparencia para lo cual se requiere la colaboración de las entidades financieras que han intervenido en ellas.

[...]

[L]a resolución de la CNMV de forma extensamente motivada y minuciosa analiza la operación, exponiendo de forma pormenorizada las razones por las que por una parte esa operación es constitutiva de abuso de mercado y por otra razonando el incumplimiento de la Agencia de Valores de comunicar una operación sospechosa [...]»

SEGUNDO.- La procuradora de los Tribunales, M.S.M., en nombre y representación de Gestión de Patrimonios Mobiliarios Agencia de Valores SA, bajo la dirección letrada de D. F.V.G., ha preparado recurso de casación contra la sentencia dictada por la Sala de lo

Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional (Sección Tercera) de 17 de abril de 2017, (recurso núm. 1098/2014).

Denuncia, en síntesis, la recurrente la infracción del artículo 83 quater LMV, ya que la obligación de comunicar existe si, tras un juicio subjetivo de la empresa de servicios de inversión, existen indicios razonables. De esta forma, si tras su análisis no considera que la operación es sospechosa, no tiene el deber de comunicar. Y añade que en el presente caso, analizó las operaciones de autocartera y llegó a la conclusión de que no era sospechosa, atentándose con el principio de tipicidad.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, las letras a) y d) del artículo 88.3 LJCA y la letra e) del artículo 88.2 LJCA. Al amparo del apartado a) del artículo 88.3 de la LJCA afirma que no existe jurisprudencia sobre art 83 quater que declare cuando ha de considerarse que existen indicios razonables para sospechar que una operación utiliza información privilegiada o constituye una práctica que falsea la libre formación de precios. Invoca también el apartado d) del artículo 88.3 LJCA por tratarse de una resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y finalmente, invoca el apartado e) del artículo 88.2 LJCA sobre la base de la infracción de la doctrina constitucional sobre el principio de tipicidad, puesto que, la recurrente ha cumplido con su obligación de vigilar y analizar las operaciones, pero ha llegado a la conclusión de que no hay indicios razonables para considerar que una operación es sospechosa, por lo que no cabe imputar la comisión de la infracción. En resumen, considera que no es sancionable la conducta de aquel que habiéndola examinado entiende que no existen indicios razonables.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 22 de junio de 2017, 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 han personado ante esta Sala, la entidad Gestión de Patrimonios Mobiliarios Agencia de Valores SA, en concepto de parte recurrente, y la CNMV, en concepto de recurrida, quien con ocasión al trámite conferido, ha vertido alegaciones oponiéndose a la admisibilidad del recurso de casación, consistentes, resumidamente en la carencia manifiesta de fundamento y la imposibilidad de que el precepto pueda aplicarse en la forma pretendida, al hacerlo depender sobre el juicio subjetivo de la operadora, lo que dejaría a su libre arbitrio el cumplimiento de la obligación de comunicación. Finalmente, añade la Abogacía del Estado que, en cualquier caso, lo que se pretende es la interpretación del tipo legal en atención a las circunstancias del caso, elemento de carácter casuístico que escapa al alcance del presente recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra la resolución de 3 de marzo de 2014, del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 25 de septiembre de 2013, por la que se le impone una sanción de 40.000 euros, por la comisión de una infracción grave, consistente en no comunicar las operaciones sospechosas de constituir práctica que falsee la libre formación de precios tipificada en el art 83 quater de la Ley Mercado de Valores.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, « [...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.e) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, conviene aclarar que la presunción recogida en el meritado precepto no es absoluta pues el propio artículo 88.3, *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*» Con relación a este inciso procede que hagamos algunas puntualizaciones:

1º) Por tal «asunto» ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a éste al que se refiere al fin y al cabo el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

2º) La inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer

manifiestamente de fundamento el recurso). Así, a título de ejemplo, el recurso podría ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine* LJCA, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (en el mismo sentido, ATS de 6 de marzo de 2017, rec.150/2016).

Pues bien, aplicando estas premisas al asunto del caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, en cuanto concierne al tema de fondo debatido en el litigio, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto las cuestiones planteadas por la parte recurrente se ciñen a los aspectos más casuísticos del litigio, sin superar este limitado marco, ni suscitar problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

Concretamente, invoca el contenido del art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presumirá que existe interés casacional objetivo *«cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia»*. El recurrente afirma que no existe jurisprudencia sobre el artículo 83 quater LMV, en lo concerniente a cuando ha de considerarse por las entidades que efectúan este tipo de operaciones de intermediación, que existen indicios razonables para sospechar que una operación utiliza información privilegiada o constituye una práctica que falsee la libre formación de los precios.

Añade la recurrente la concurrencia del interés casacional objetivo sobre la base del apartado d) del artículo 88.3 LJCA, al tratarse de una resolución emanada de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Asimismo, considera la recurrente que partiendo de la obligación de vigilancia y análisis, una vez analizada la operación y llegado a la conclusión de que no hay indicios razonables para tildarla de sospechosa, no cabría imputarle la comisión de la infracción, atentando la sentencia contra el principio de tipicidad. Sin embargo, soslaya la recurrente que la sentencia parte de la obligación de comunicar las operaciones en que concurran indicios razonables de sospecha en los términos ya aludidos, y que tal obligación *«[...] no exige que el recurrente tenga certeza de que se ha cometido una posible infracción sino sólo una sospecha, siendo suficiente que aprecia la existencia de indicios pero no una prueba plena [...]»*, (Fundamento de Derecho Quinto). Es más, contrariamente a la afirmación de la recurrente, (que parte de un juicio valorativo puramente subjetivo), en el asunto del caso si concurrían indicios razonables de sospecha que debieron haber supuesto la precitada comunicación. Indicios razonables en atención a unos parámetros objetivos que llevaron a la Sala *a quo* a llegar a la conclusión de la existencia de indicios razonables de sospecha que debieron haber sido tenidos en cuenta por la agencia sancionada, una vez examinados el Informe del Comité de Supervisión del MAB (Mercado Bursátil alternativo), (que reputa incompleto), las grabaciones telefónicas de las órdenes de compra entre Zinkia Entertainment SA y la agencia de valores sancionada y el informe de la Unidad de Vigilancia de los Mercados de la Dirección General de

Mercados. Elementos fácticos todos ellos, concurrentes al asunto del caso, valorados por la Sala *a quo*, cuyo reexamen no tiene encaje en ninguno de los apartados del artículo 88 LJCA ni en ningún otro, siendo así que el propio artículo 87.bis.1 de la LJCA excluye de este recurso extraordinario las cuestiones de hecho.

De esta forma, el litigio presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, por lo que el debate que subyace realmente gravita sobre la convicción a la que llega la Sala *a quo* sobre la existencia de indicios razonables del carácter sospechosos de las operaciones.

CUARTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la recurrente ha de satisfacer a la recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 3352/2017 preparado por la representación de la entidad Gestión de Patrimonios Mobiliarios Agencia de Valores SA, contra la sentencia de 17 de abril de 2017, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Tercera, dictada en el procedimiento ordinario núm. 1098/2014, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo

Así lo acuerdan y firman.