

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE NOVIEMBRE DE
2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso n.º.: 530/2013
Ponente: D. Santiago Pablo Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 4 de octubre de 2013, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 18 de abril de 2013
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a once de noviembre de dos mil dieciséis.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº **530/13**, seguido a instancia de **“Bankia Bolsa SV, SA”** (Bankia) antiguamente Caja Madrid Bolsa, representada por el Procurador de los Tribunales D. J.F.C., con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se estimó indeterminada e intervino como **ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago**. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mediante resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 18 de abril de 2013, ratificada por resolución de 4 de octubre siguiente del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del ministro de Economía y Competitividad, se impuso a la recurrente la sanción de multa de 50.000 euros, como autora de una infracción grave prevista en el artículo 100, t de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores en relación con el artículo 83 quater del mismo texto.
2. La conducta objeto de sanción fue no haber comunicado a la CNMV determinadas operaciones sospechosas de manipulación de mercado en relación con acciones de la mercantil Parquesol Inmobiliaria y Proyectos SA (Parquesol), en el período comprendido entre el 3 de septiembre y el 22 de noviembre de 2007.
3. La resolución recurrida declara probados, respecto de la recurrente, los siguientes hechos:

En la operativa sobre la negociación de las acciones de Parquesol analizada, Caja Madrid Bolsa (Bankia) participa como intermediario de las operaciones realizadas para la autocartera, y además realiza compras y ventas sobre acciones de Parquesol a nombre propio a lo largo de todo el periodo analizado.

Del análisis de las 358 sesiones comprendidas entre el 3 de septiembre de 2007 y el 2 de febrero de 2009 se observa que la recurrente realiza operaciones de compra, en 246 sesiones (69%) por un total de 556.452 acciones y operaciones de venta en 228 sesiones (64%) por un total de 416.577 acciones. Realiza compras en 107 subastas de apertura y en 52 subastas de cierre y realiza ventas en 96 subastas de apertura y 27 subastas de cierre.

La CNMV concluye que la recurrente debió percibir que las operaciones realizadas por Parquesol podían constituir un abuso de mercado por la concurrencia de los siguientes indicios:

- a) Tratarse de operaciones de autocartera, instrumento idóneo para la manipulación del mercado.
- b) El relevante volumen de negociación: constituye una posición de dominio en la negociación, superando el 25% del total negociado. Un 40,7% del total negociado y un 71% si se tomas en consideración las sesiones en las que interviene Parquesol con su autocartera.
- c) La operativa en subastas de apertura y cierre que supone una posición de dominio del 77% de lo negociado en subastas de apertura, y 30% en subastas de cierre concentrando en estas últimas más del 25% de lo negociado en todas las que interviene y ascendiendo al 80% de las que participa aquellas en las que acapara más del 75% de lo contratado.
- d) Haberse realizado las operaciones con claro incumplimiento de los límites establecidos en el contrato de intermediación para las operaciones de autocartera suscritos por la recurrente y Parquesol.

En concreto los límites de cuantía establecidos en la estipulación 2.3:

- Parquesol realiza compras en 60 sesiones de las que 28 representan más del 25% del promedio negociado en las 20 últimas sesiones.
- En al menos 8 de las 15 subastas de apertura en las que Parquesol realiza compras, éstas representan más del 10% del promedio negociado en las subastas de los últimos 20 días hábiles.
- Al menos en 21 de las 29 subastas de cierre en las que Parquesol realiza compras, éstas representan más del 10% del promedio negociado en las subastas de los últimos 20 días hábiles.

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1. Falta de tipicidad de la conducta:

- La resolución sancionadora se construye sobre la base de un cúmulo de indicios (Antecedentes de Hecho Primero. 3) que individualmente considerados y analizados no justifican las conclusiones a las que se llegan para imponer la

sanción y cuya concurrencia no supone la obligación de comunicación exigida (RD 1333/2005, artículo 3.1), especialmente cuando, como en este caso, existen explicaciones alternativas.

- Subraya que se trata de un valor con poca liquidez y se trataba de operaciones de muy poco volumen, lo que justifica que no comunicara a la CNMV que las alertas hubieran saltado por las operaciones de Parquesol.
- Aclara que en los casos en que el volumen de operaciones para la autocartera de Parquesol superaba el 25%, la CNMV había sido informada por Parquesol, según manifestaciones de dicha entidad.
- La recurrente analizó la situación y no consideró necesario, por las razones expuestas, informar a la CNMV. No puede imponerse a la recurrente una obligación de resultado.
- Invoca la Directiva 2004/72/CE y los informes del CESR que centran en el intermediario la responsabilidad de evaluar y decidir si debe comunicarse alguna anomalía. En el mismo sentido invoca los criterios sobre las comunicaciones de operaciones sospechosas de la CNMV (2008).
- Había indicios que operaban en contra de realizar la comunicación: no existió ocultación, se cumplió con los deberes de publicidad y transparencia, la operativa no era simulada, Parquesol, como sociedad cotizada era supervisada por la CNMV, por lo que la información que tenía la recurrente era la misma que la que tenía la CNMV.

2. Falta de culpabilidad:

- La recurrente nunca tuvo conciencia clara de la conducta que se considera reprobable, como pone de manifiesto la cooperación leal de la recurrente con la CNMV durante el proceso de investigación.
- La obligación de comunicación de operaciones sospechosas estaba en esa época inconcretada, las reglas operativas son complejas, y el amplio margen de apreciación atribuido al intermediario deben ser tomados en consideración.
- Destaca la evolución del ordenamiento jurídico español al respecto y los criterios y listas preliminares de posibles medidas, que evidencian la dificultad de determinar la exigencia de la conducta.

3. Infracción del principio de proporcionalidad. De forma subsidiaria señala que la sanción, en su caso, debió imponerse en su grado mínimo y en ningún caso superior a 30.000 euros, por aplicación del artículo 131.3 a) y b) y 106 ter 1. b y e) de la Ley 30/1992 y en concreto:

- Bankia se ajustó a lo que obliga la Directiva 2003/6/CE y al artículo 83 quáter de la LMV, realizando un juicio profesional diligente.
- Los criterios de la CNMV sobre detección y comunicación de operaciones sospechosas se aprobaron en 2008, fuera del período de imputación de la recurrente.
- La complejidad de la materia, subrayando que el límite del 25% del volumen diario de negociación invocado por la resolución sancionadora, no es en sí mismo determinante de la comisión de la infracción.
- Al ser Parquesol una sociedad cotizada, Bankia tenía la misma información que la CNMV.
- La actuación de la recurrente no pudo causar perjuicio alguno al sistema financiero.
- No ha obtenido ganancias como consecuencia de los actos sancionados y ha colaborado activamente con la CNMV en la investigación.
- Niega ser reincidente. Para aplicar la agravante ex art. 106 ter.1 LMV, se exige:
 - a) que exista más de una resolución sancionadora firme, b) las resoluciones deben ser anteriores a la fecha a la que se refieren los hechos que se pretenden sancionar y c) que la infracción que se pretende sancionar sea de la misma naturaleza respecto de las que fueron sancionadas.

Dado solo consta la sanción a la recurrente impuesta por OM de 27 de febrero de 2012 por infracción del artículo 99 i) LMV, es claro que no puede apreciarse dicha circunstancia agravante.

TERCERO.- La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

CUARTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Señalado el día 10 de noviembre de 2016 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO.- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario establecido en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la resolución dictada por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 18 de abril de 2013, ratificada por resolución de 4 de octubre siguiente del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del ministro de Economía y Competitividad, por la que se impuso a la recurrente la sanción de multa de 50.000 euros, como autora de una infracción grave prevista en el artículo 100, t de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores en relación con el artículo 83 quater del mismo texto.

La conducta objeto de sanción fue no haber comunicado a la CNMV determinadas operaciones sospechosas de manipulación de mercado en relación con acciones de la mercantil Parquesol Inmobiliaria y Proyectos SA, en el período comprendido entre el 3 de septiembre y el 22 de noviembre de 2007.

Antes de iniciar el examen de los motivos de recurso planteados por la recurrente es necesario precisar que en el presente caso se han dictado ya las siguientes sentencias directamente relacionadas con la operativa denunciada, todas ellas de signo desestimatorio.

Así, pueden citarse las SSAN de 26 de abril de 2016, recursos nº 2050/13 (asunto Renta 4, S.V., S.A.) y 2046 (asunto Grupo empresarial San José, S.A.), y la de 2 de junio de 2016 recurso nº 527/13 (asunto Bankia Bolsa, S.V., S.A.).

SEGUNDO.- El primero de los motivos de recurso planteados es el de falta de tipicidad de la conducta sancionada.

La norma aplicada por la resolución sancionadora es el artículo 100 t), de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores (LMV), vigente en 2007 que tipificaba como falta grave: *“La infracción de las normas de conducta establecidas en el Título VII de esta Ley, o en las disposiciones dictadas en su desarrollo, cuando no constituyan infracción muy grave, con arreglo a lo previsto en el artículo anterior”*, precepto que se integró con el artículo 83 quater de la misma ley que imponía la obligación de comunicar operaciones sospechosas en los siguientes términos: *“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 los precios”*.

La Directiva 2003/06/CE de 28 de enero (Directiva de abuso de mercado, DAM), junto con la Directiva 2003/124 de 22 de enero y el Reglamento 2273/2003 CE de 22 de diciembre, y además los documentos emitidos por el Comité de Responsables Europeos de Reglamentación de Valores, singularmente el documento referencia CESR/04-50B, constituyen en un sentido amplio las pautas normativas europeas que deben tomarse en consideración para apreciar si ha existido un abuso de mercado. En el plano nacional debe tenerse en cuenta fundamentalmente el RD 1333/2005 de 11 de noviembre en materia de abuso de mercado.

El artículo 2.1 del citado Real Decreto relaciona comportamientos que se califica como prácticas que falsean la libre formación de los precios, como son:

"a) La actuación de una persona o de varias concertadamente para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un valor o instrumento financiero con el resultado de la fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o de otras condiciones no equitativas de negociación. (...)

g) La venta o la compra de un valor o instrumento financiero en el momento de cierre del mercado con el efecto de inducir a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre".

Por su parte, el artículo 3 del mismo Real Decreto enumera una serie de indicios a tener en cuenta al respecto. Por su parte el antes mencionado documento CESR/04-505b sobre aplicación común de la DAM relaciona ciertas indicaciones sobre transacciones en principio sospechosas, entre las que se indican las *"operaciones que aparentemente pretenden incrementar o reducir el precio o el volumen de un valor. Particularmente, aquellas operaciones que se realizan en momentos concretos de una sesión bursátil tal y como sería cerca del cierre"; o "la realización de órdenes unos minutos antes de concretarse un determinado precio para un valor, o cancelando unos segundos antes de concretarse el precio con el fin de que aparezca en las pantallas un valor teórico superior o inferior al real".*

TERCERO.- Una vez establecido el cuadro legal, podría cuestionarse el carácter abierto del tipo sancionador pues el artículo 83 quater LMV en la redacción aplicada por razones temporales (2007), indudablemente utiliza conceptos jurídicos indeterminados para incriminar la conducta objeto de sanción.

No obstante, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, STC 69/1989, de 20 de abril, *"si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de lex certa que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones [STC 62/1982, de 15 de octubre (RTC 19822), RTC 703/198A 5, de 16 de octubre, entre otras resoluciones], dado que los conceptos*

legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados."

Tal y como señaló esta Sala en la sentencia de 28 de abril de 2016 (recurso 2050/2013, asunto Renta 4), en el presente caso es razonable concluir que la predeterminación, normativa es lo suficientemente precisa como para no entender vulnerado el artículo 25 CE por causa de la indeterminación del tipo.

A esto debe añadirse que, en este caso, no existe una explicación alternativa razonable que pueda exonerar la conducta de la recurrente respecto de la cual la CNMV reunió sólidos indicios incriminatorios.

En el examen de la conducta de la recurrente debe tenerse muy presente que la indeterminación del tipo se concentra en que no se exige a la entidad colaboradora que tenga la certeza de que se ha cometido un abuso de mercado, ya que basta la mera sospecha de su existencia sobre la base de una evaluación que debe realizar dicha entidad colaboradora que de esta forma facilitar a la CNMV la supervisión de las operaciones del mercado.

Tal y como nos recuerda el Abogado del Estado y se indica en la resolución sancionadora, si bien es cierto que no se impone al recurrente una obligación de resultado y que se le faculta para evaluar las circunstancias concurrentes en orden a determinar la existencia de una sospecha sobre la existencia de un abuso de mercado, también lo es que dicha evaluación no queda sujeta a su libérrima voluntad, pues la concurrencia de los parámetros e indicadores señalados en la normativa invocada y en el documento CESR/04/505B condicionan y limitan esa apreciación, particularmente, como ocurre en este caso, si saltan las alarmas al respecto.

La recurrente no tiene la obligación de calificar las operaciones sino simplemente la de comunicar hechos objetivos sobre la operativa bursátil que concurrían en este caso y que se resumen en una concentración de operaciones de autocartera en un momento temporal estratégico de la cotización diaria (apertura y cierre), lo que tiene un impacto, mayor o menor, en la formación del precio de la acción, circunstancias concurrentes que provocaron que saltaran las alarmas.

La obligación de la recurrente impuesta por el artículo 83 quater LMV ante la constatación de estos hechos era la de comunicarlo a la CNMV, sin más.

Sus propios argumentos que tienden a justificar su inacción, se apoyan sobre la escasa incidencia de la operación en el incremento del precio de la acción, ponen de manifiesto que la recurrente entiende, a pesar de su alegato, que está obligada a realizar la calificación de la acción denunciada, cuando esa no es la realidad.

Por otra parte, al tiempo de pronunciarnos sobre esta cuestión es necesario referirnos a lo resuelto en nuestra sentencia de 2 de junio de 2016 recurso nº 527/13, asunto Bankia Bolsa, S.V., pues está en íntima relación con la cuestión planteada en este procedimiento. En dicha sentencia hemos confirmado la resolución que imponía una sanción a la ahora recurrente justamente por haberse prestado a realizar las operativas denunciadas, por lo que no podemos ignorar este dato.

La recurrente cifra toda su defensa en la existencia de explicaciones alternativas para justificar su modo de proceder pero éstas no permiten desvirtuar los sólidos indicios, plenamente acreditados en los que se basó la CNMV para imponer la sanción: a) Tratarse de operaciones de autocartera, instrumento idóneo para la manipulación del mercado; b) El relevante volumen de negociación que superó el 25% del total negociado; c) La operativa en subastas de apertura y cierre que supone una posición de dominio del 77% de lo negociado en subastas de apertura, y 30% en subastas de cierre; d) Claro incumplimiento de los límites establecidos en el contrato de intermediación para las operaciones de autocartera suscritos por la recurrente y Parquesol, pues los límites de cuantía estipulados en la cláusula 2.3 fueron superados de forma reiterada, como se indica en la página 75 de la resolución recurrida, sin que la recurrente lo haya cuestionado.

Una vez saltaron las alarmas, la recurrente sólo debía verificar los hechos y comunicarlos a la CNMV, que es lo que el tipo sancionador exige, razón por la que debe desestimarse este motivo de recurso.

CUARTO.- En cuanto a la culpabilidad de la recurrente, no puede invocarse la falta de claridad de la norma y su concreción.

Es cierto que los perfiles de este tipo de actuación se han ido determinando por una normativa posterior, pero en el presente caso no cabe duda de que la existencia de la obligación de denunciar los hechos no admite matizaciones cuando saltan las alarmas que indican que una anomalía está ocurriendo y concurren las circunstancias antes descritas.

El reproche recaído sobre la recurrente se ha efectuado respetando la jurisprudencia constitucional sobre la presunción de inocencia, desvirtuada por la prueba de indicios y la falta de una explicación alternativa razonable como se ha expuesto anteriormente.

QUINTO.- Finalmente, en cuanto a la infracción del principio de proporcionalidad, solo cabe decir que tampoco ha sido vulnerado.

La sanción se ha impuesto en su grado mínimo tomando en consideración las pautas establecidas en el artículo 103 b) de la LMV, sin que puedan apreciarse las circunstancias mitigadoras de su responsabilidad. El hecho de que la CNMV pudiera tener la misma información por otras vías resulta irrelevante, como lo es la eventual colaboración de la recurrente con la misma que no excedió más allá de sus obligaciones de colaboración.

La falta de claridad normativa tampoco puede invocarse por las razones antes expuestas. Finalmente y respecto de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia debemos remitirnos a lo dispuesto en la SAN de 2 de junio de 2016 antes citada que respecto de la misma recurrente dijo lo siguiente: *"El argumento no puede prosperar. El precepto transcrito alude a la "conducta anterior del interesado" y la utilización del plural cuando habla de las sanciones firmes tiene un alcance genérico, descriptivo, en el sentido de valorar la conducta del interesado por referencia a las sanciones que le hubieran sido impuestas en ese periodo de cinco años. Con independencia de que la redacción del precepto no es muy afortunada no puede interpretarse como entienda la recurrente en el sentido de exigir, al menos, dos sanciones firmes para poder apreciar ésta circunstancia. Basta solo una para su aplicación como ha entendido correctamente la resolución sancionadora.*

Que los hechos fueran o no posteriores es irrelevante pues la ley toma en consideración que la primera resolución sancionadora fuera firme cuando se impone la segunda y, es evidente que cuando se dicta la resolución de 18 de abril de 2013 aquí impugnada, ya era firme en vía administrativa la de 27 de febrero de 2012, posteriormente confirmada por sentencia de esta Sala de 27 de enero de 2014 rec. 266/2012.

Por lo demás, el precepto exige que la sanción anterior hubiera sido impuesta por vulneración de las normas de ordenación y disciplina y, efectivamente, así fue, pues la primera sanción se impuso a la actora por la comisión de la infracción muy grave prevista en el artículo 99 i) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores, consistente en *"el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 ter de la presente Ley, cuando produzca una alteración significativa de la cotización"*.

Una conducta, similar a la aquí sancionada, con independencia de que aquella fue una infracción muy grave al haberse producido una alteración significativa de la cotización, lo que aquí no sucede.

Finalmente, la sentencia de 30 de septiembre de 2011, rec. 566/2009 que cita la recurrente no tiene incidencia aquí. La sentencia recuerda que: *"En reiteradas ocasiones (por todas, citamos de nuevo las sentencias de 24 de octubre de 2000, 11 de marzo de 2003 y 23 de marzo de 2005) hemos afirmado que la agravante de reincidencia administrativa debe referirse a hechos que ya hubieran sido sancionados en otro procedimiento resuelto con anterioridad a la comisión de la nueva falta."*

En el presente caso, ya hemos dicho, la primitiva resolución sancionadora de 27 de febrero de 2012, ya era firme en vía administrativa cuando se dicta la que aquí se enjuicia.

Concurren pues los requisitos para la apreciación de la referida circunstancia pues no puede ser irrelevante al efecto de graduar la nueva sanción el haber sido sancionado con anterioridad, dentro de los cinco años anteriores, por infracción de las normas de ordenación y disciplina.

SEXTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe recurso de casación que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2. de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.