

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 2 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 4922/2018
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 10 de Mayo de 2018.
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 2 de noviembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO.-La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 10 de mayo de 2018, sentencia por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Renta 4 Sociedad de Valores, S.A. contra la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad, de fecha 22 de septiembre de 2016, mediante la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de abril de 2016, por la que se imponía a Renta 4 Banco, S.A., por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100, letra w), en relación con el artículo 83 ter 1 a), ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la realización de prácticas de manipulación del mercado durante los periodos comprendidos entre el 5 y el 31 de diciembre de 2013, entre el 10 de marzo y el 25 de abril de 2014, y entre el 20 de agosto y el 13 de octubre de 2014, en relación con sus propias acciones, una multa por importe de 75.000 euros; e imponer a Renta 4 S.V., por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100, letra w), en relación con el artículo 83 ter 1 a), ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la realización de prácticas de manipulación del mercado durante los periodos comprendidos entre el 5 y el 31 de diciembre de 2013, entre el 10 de marzo y el 25 de abril de 2014, y entre el 20 de agosto y el 13 de octubre de 2014, en relación con las acciones de Renta 4 Banco, una multa por importe de 125.000 euros.

Sin que aparezcan cuestionados los hechos que la Administración declara probados, la Sala de instancia rechaza, en síntesis, la infracción de los principios de legalidad y tipicidad invocados por la entidad recurrente, reproduciendo los preceptos que configuran la infracción apreciada: artículos 100 de la Ley del Mercado de Valores, 83 ter 1 a) del mismo texto legal; Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado; y la Circular 3/2007, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre contratos de liquidez. La Sala rechaza la aplicación de la Circular 3/2007 como causa justificativa de la práctica de la entidad recurrente con la autocartera, en orden a facilitar al mercado unos volúmenes adecuados de liquidez, al poner de manifiesto que no existía un contrato de liquidez en los dos primeros periodos examinados, así como la intervención relevante en las subastas de cierre de estos dos primeros periodos y la posición dominante generada por la superación de los volúmenes medios de negociación en los tres periodos.

Añade la Sala que, en lo referido a los condicionantes y límites que imponen la Circular 3/2007 y el Reglamento CE nº 2273/2003, en relación al volumen contratado de acciones propias (25% del volumen diario calculado sobre la base del volumen medio diario negociado en el mes precedente), su superación en el caso avala el ejercicio de una posición dominante distorsionadora de la imagen real de la demanda/liquidez del valor.

Y rechaza la infracción del principio de legalidad tras exponer la doctrina constitucional en la materia, afirmando que el tipo infractor no está construido sobre una remisión en abstracto o indeterminada de los reglamentos, sino que la infracción está suficiente definida por el propio legislador en el marco del artículo 83 ter. 1 a) de la LMV y la Circular 3/2007 contiene concreción más que suficiente de las específicas y especiales obligaciones que se asumen en este ámbito. La Sala seguidamente reproduce la doctrina de la Sala Tercera (STS de 16 de junio de 2010, rec. 4692/2007) en relación con el principio de legalidad en materia sancionadora y en el ámbito de las infracciones de la Ley del Mercado de Valores, donde se recoge la plena conformidad de las Circulares con la doctrina constitucional.

SEGUNDO.-La procuradora D.^a SCM, en nombre y representación de la entidad Renta 4 Sociedad de Valores, S.A., ha preparado recurso de casación contra la mencionada sentencia.

Invoca, en su escrito de preparación, la vulneración de los artículos 15 y 95 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y argumenta, en síntesis, que las citadas normas atribuyen a la Comisión Nacional del Mercado de Valores potestad normativa a través de circulares a las que se les dota de valor vinculante. Considera la parte infringidas tales normas por indebida aplicación o aplicación errónea, por cuanto la CNMV ha considerado que la Circular 3/2007 es una norma imperativa cuyo mero incumplimiento constituye una infracción cuando se trata de una norma que establece los criterios y requisitos que deben cumplir los contratos de liquidez para ser considerados como práctica aceptada por el mercado. Considera la parte que se ha vulnerado el principio de legalidad, al haber sido sancionada por no cumplir los criterios de la Circular 3/2007 aplicables únicamente a los contratos de liquidez y señala que las operaciones de autocartera que no cumplen los criterios de la Circular no tienen por qué ser ilícitas si responden a una justificación legítima.

Concluye la parte señalando que la cuestión que considera reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si la Circular 3/2007 es una norma imperativa de ordenación y disciplina del mercado de valores de obligado cumplimiento, cuya contravención ha de implicar automáticamente la comisión de la infracción prevista y tipificada en el artículo 100 w), en relación con el artículo 83 ter. 1 a), ambos de la Ley del Mercado de Valores.

Invoca, para la apreciación del interés casacional objetivo, la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, al haberse emitido el acto impugnado en el recurso contencioso-administrativo por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuyo enjuiciamiento le corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, conforme a la disposición adicional cuarta. 5 de la Ley Jurisdiccional, así como la circunstancia prevista en el apartado a) del artículo 88.3 de la LJCA, pues entiende la recurrente que no existe jurisprudencia sobre infracciones por manipulación del mercado con la autocartera, ni sobre el valor de la Circular 3/2007 a efectos de la integración en este tipo de la infracción tipificada en la Ley del Mercado de Valores. Y alega asimismo la parte recurrente la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 88.2.c) de la LJCA, por considerar que la sentencia recurrida afecta a un gran número de situaciones, al confirmar una interpretación errónea e injusta de la normativa vigente en

materia de operaciones de autocartera, conforme a la cual el incumplimiento de los criterios o parámetros establecidos en la Circular implica, por sí mismo y de manera prácticamente automática, la comisión de una infracción de manipulación del mercado de valores.

TERCERO.-La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 12 de julio de 2018, 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 el Abogado del Estado que, con ocasión al trámite conferido para la personación, ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.-La sentencia contra la que se anuncia el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Renta 4 Sociedad de Valores, S.A. contra la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad, de fecha 22 de septiembre de 2016, mediante la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de abril de 2016

La Sala desestimó los motivos de oposición referidos a la infracción de los principios de legalidad y tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad, argumentando, en síntesis, en lo que se refiere a los dos primeros principios y en lo que aquí interesa, que el tipo infractor del artículo 100 w) de la Ley del Mercado de Valores está suficientemente definido por el propio legislador en el marco del artículo 83 ter. 1 a) de dicho texto legal y la Circular 3/2007 contiene concreción suficiente de las específicas y especiales obligaciones que se asumen en este ámbito, siendo tales circulares conformes con el principio de legalidad conforme a la doctrina constitucional que se expone en la propia sentencia.

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.-En el escrito de preparación se invocan, además del apartado c) del artículo 88.2 de la LJCA, los apartados a) y d) del artículo 88.3 del mismo texto legal para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar, respecto de estos dos últimos supuestos, que las presunciones recogidas en dicho precepto no son absolutas 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».

Así, en lo relativo a estas circunstancias y a la eventual inadmisión cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo, procede efectuar algunas consideraciones:

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 este 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).

CUARTO.- Pues bien, aplicando las premisas anteriores al presente caso, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación, deben tildarse de manifiestamente carentes de interés casacional y ello por cuanto, en primer lugar, sobre los principios de legalidad y tipicidad del artículo 25.1 de la Constitución, que fundamentan la preparación del recurso de casación, en particular en lo referido al principio de reserva de ley y a la colaboración reglamentaria en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, existe abundante jurisprudencia, tanto del Tribunal Constitucional (STC 3/1988, de 1 de enero) como de esta Sala Tercera -sentencia de 27 de junio de 2006, recurso de casación 10089/2003- citada, por otra parte, por la propia sentencia cuestionada, o la más reciente de 24 de abril de 2018, recurso de casación 5018/2016 - lo que excluye la existencia en el recurso de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues el nuevo recurso de casación articulado en la Ley Orgánica 7/2015 tiene precisamente como finalidad la formación de jurisprudencia para proporcionar certeza y seguridad en la aplicación del ordenamiento

jurídico, cuya necesidad, en este caso concreto, no se aprecia por esta Sección de admisión.

En segundo lugar, otra circunstancia impide que la preparación formulada sirva para franquear el acceso al recurso de casación como es que la parte, en sus alegaciones, hace supuesto de la cuestión obviando la *ratio decidendi* de la sentencia de instancia. En efecto, como correctamente apunta el Abogado del Estado en su escrito de preparación al oponerse a la admisión del recurso, la Sala de instancia no fundamenta su fallo sobre la consideración de ser la Circular 3/2007, de 19 de noviembre, sobre los contratos de liquidez, una norma imperativa de ordenación y disciplina del mercado, de manera que, en contra de lo que afirma la parte recurrente, no se le ha impuesto la sanción por no cumplir los criterios de dicha circular.

Antes al contrario, en primer lugar, la Sala de instancia razona extensamente en la sentencia sobre la tipificación de los hechos conforme a los artículos 100 w) de la Ley de Mercado de Valores y los artículos 2 y 3 del Real Decreto 1333/2005 y, al referirse a la tan citada circular, pone de manifiesto que la misma recoge algunas de las prácticas aceptadas, estableciendo límites, condiciones y restricciones que han de ser respetadas para poder avalar la existencia de legitimidad en la operativa de autocartera; en segundo lugar, la propia Sala indica que, si bien en el ámbito de la Circular 3/2007 se exige la existencia de un contrato de liquidez, para que la provisión se lleve a cabo por un intermediario que, actuando por encargo del emisor, realice operaciones de compra y venta de acciones del propio emisor, el contrato no existía en los dos primeros periodos examinados, lo que impide la toma en consideración de la circular en tales periodos; en tercer lugar, en lo que respecta también a los condicionantes que establece la circular en relación con la licitud de la actuación, señala la Sala que su superación en el caso avala el ejercicio de una posición dominante distorsionadora de la imagen real de la demanda/liquidez del valor; en cuarto lugar, al responder al motivo referido a la infracción del principio de legalidad, la Sala indica que la infracción está suficientemente definida por el propio legislador en el artículo 83 ter.1.a) de la Ley del Mercado de Valores y que la Circular 3/2007 contiene concreción más que suficiente de las específicas y especiales obligaciones que se asumen en este ámbito; y, por último, la Sala concluye afirmando, tras exponer la doctrina jurisprudencial sobre el complemento de las leyes sancionadoras por normas de rango inferior, que, en el caso enjuiciado, las conductas sancionadas están perfectamente predeterminadas, unas de forma directa en la propia Ley del Mercado de Valores (artículos 99 y 100), bien por remisiones a obligaciones previstas en la misma (artículo 83 ter.1 a) de la misma y los reglamentos que la desarrollan (Real Decreto 1333/2005) y, con el complemento final de desarrollo reglamentario recogido en las circulares de la Comisión del Mercado de Valores.

En consecuencia, difícilmente puede afirmarse que la razón de decidir de la sentencia haya sido el incumplimiento de los criterios de la Circular 3/2007, lo que supone una lectura reduccionista de la sentencia de instancia. Antes al contrario, los fundamentos del fallo desestimatorio, en lo que se refieren a la concurrencia de los elementos típicos que integran la infracción, contenidos en las normas legales más arriba enumeradas, no han sido cuestionados en el escrito de preparación y, como hemos dicho en otras ocasiones, así en auto de 8 de junio de 2017 (recurso de queja 105/2017), corresponde a quien anuncia el recurso llevar a cabo en el escrito de preparación un esfuerzo

argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo, de manera que se justifique que la argumentación de la sentencia resulta equivocada, impertinente o inadecuada, lo que no se lleva a cabo en el escrito de preparación por las razones expuestas.

QUINTO.-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 condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación nº 4922/2018, preparado por la procuradora D.^a SCM, en representación de la entidad Renta 4 Sociedad de Valores, S.A. contra la sentencia de la Sección tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 10 de mayo de 2018, por la que se desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Renta 4 Sociedad de Valores, S.A. contra la Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad, de fecha 22 de septiembre de 2016, mediante la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 20 de abril de 2016; y ello con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.