

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE JUNIO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 194/2019

Ponente: D. Fernando Román García

Acto impugnado: Sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 11 de octubre de 2018.

Fallo: Inadmisión.

En Madrid, a 7 de junio de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia, con fecha 11 de octubre de 2018, por la que desestimaba el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Bolsas y Mercados Españoles Sistema Multilateral de Negociación, S.A., contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministerio de Economía y Competitividad, de fecha 15 de diciembre de 2016, desestimatoria del recurso de reposición contra la previa orden, de 14 de septiembre de 2015, por la que se impuso a la citada entidad una multa por importe de 150.000 euros como responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra c) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores en relación con los artículos 120 y 122 del mismo texto legal, por incumplimiento de sus deberes de supervisión en el sistema multilateral de negociación en el Mercado Alternativo Bursátil (en adelante, MAB) en el que actúa como entidad rectora.

Puntualiza la sentencia, en primer lugar y en lo que aquí interesa, que lo que se imputa a la demandante *«es que no estableciera ni llevara a cabo los controles que le correspondían en orden a supervisar a la emisora (y a los Asesores Registrados) y poder detectar anomalías en la información suministrada al MAB. Lo que imputa la resolución impugnada, no es la necesidad de garantizar la veracidad de la información, sino la de supervisar la calidad de la información suministrada al Mercado mediante métodos adecuados de control»*. Ello implica, continúa la sentencia, que es la entidad directora y gestora del MAB la que debe disponer de procedimientos internos para garantizar unos protocolos de supervisión y la comunicación de información notoriamente engañosa, para lo que es preciso un procedimiento específico que se desarrolla mediante circulares propias. Y partiendo de la premisa anterior considera la Sala de instancia que, en efecto, ha quedado acreditada la ausencia de esos protocolos y la falta de mecanismos de control interno en orden a procurar el correcto funcionamiento del mercado y la transparencia y confianza de los operadores, lo que constituye una acción típica por incumplimiento de los deberes legalmente impuestos.

Desde la perspectiva apuntada añade la Sentencia que la presencia de Asesores Registrados –y el régimen previsto para ellos- no la exonera de los deberes que le incumben en el marco de la supervisión del sector y de la información que las emisoras deben aponer a disposición del Mercado.

Recuerda que la regulación y la jurisprudencia sobre estos operadores, los configuran como asesores especializados de empresas en expansión que facilitan información al MAB, previendo la Circular 10/2010 que el MAB podrá recabar de estos Asesores cuanta información estime necesaria sobre sus actuaciones y las obligaciones que les corresponden, llevando a cabo las actuaciones que sean precisas para contrastar dicha información. Esta ausencia de procedimientos de *contraste* y de verificación es lo que ha

llevado a sancionar a la recurrente que se ha limitado a dar por exacta, veraz e íntegra, la información facilitada, lo que lleva a la Sala a descartar la infracción del principio de tipicidad (predeterminación normativa y *lex certa*). En esta línea, señala la Sala que la regulación posterior –llevada a cabo por el artículo 43.11 de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial- introduce un nuevo apartado en el artículo 120 LMV que intensifica las obligaciones de supervisión de la rectora.

Por lo que concierne a la pretendida infracción del procedimiento sancionador por omisión del trámite de audiencia tras modificación de la propuesta de resolución inicial, indica la sentencia que si bien es cierto que tanto la entidad como la demanda admiten que la propuesta fue parcialmente modificada al aceptarse parte de las alegaciones de la recurrente, no se advierte ninguna infracción de tipo procesal.

Descarta la Sala de instancia, en tercer lugar, la vulneración del principio de presunción de inocencia, en su manifestación de derecho a no declarar contra sí mismo. Con esta perspectiva señala que dadas las obligaciones que cumple la recurrente en el MAB y las obligaciones de información que le incumben, no pueden aceptarse sus alegaciones. Así, *«La información facilitada, a la que alude, viene ligada no a la obtención de pruebas de forma contraria al ordenamiento jurídico, sino al deber que le corresponde en función de la posición que ostenta en el Mercado en orden a asegurar su correcto funcionamiento ante los miembros que intervienen en el MAB y ante la CNMV. Por lo tanto, no puede vaciarse de contenido las obligaciones legales de colaboración (artículo 233 y 235 Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores) al socaire de un derecho a no declarar que no puede concebirse como un derecho absoluto o ilimitado, porque en modo alguno lo es»*. No ha existido en este caso ninguna compulsión para realizar una declaración incriminatoria, sino que el procedimiento sancionador se incoó a raíz de una inspección.

SEGUNDO.- La procuradora D.^a MGT, en nombre y representación de Bolsa y Mercados Españoles Sistemas de Negociación, S.A., ha preparado recurso de casación contra la mencionada sentencia denunciando la infracción, en primer lugar, del derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española (CE) en su vertiente del derecho a no declarar contra sí mismo, al no haber tenido en cuenta la sentencia que el mencionado derecho fundamental se reconoce no sólo al imputado sino también a quien razonablemente puede llegar a serlo, estando por tanto obligada la Administración a advertir al interesado cuando en una inspección aprecia indicios fundados de que la conducta de un particular puede determinar la apertura de un procedimiento sancionador. Este derecho fundamental no puede verse soslayado por la especial función que cumple la recurrente como entidad rectora del MAB.

En segundo lugar, alega la infracción del artículo 3.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en concreto, de los principios de buena fe y confianza legítima. Argumenta, en este sentido, que la sentencia, al desestimar los motivos de nulidad aducidos por la recurrente contra la Orden los ha vulnerado al no tener en cuenta que el deber genérico de supervisión del MAB que le corresponde puede concretarse de múltiples formas y que la Comisión Nacional del Mercado de Valores se había mostrado

conforme con la concreta configuración del deber de supervisión contenido en el Reglamento y las Circulares del MAB. La Sentencia recurrida, concluye, al no tener en cuenta dichos principios, los ha vulnerado por inaplicación.

Por lo que concierne a la justificación del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia alega, en primer lugar, la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 88.3.a) LJCA argumentando que es necesario completar la jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre el derecho a no declarar contra sí mismo y la proyección de los principios de buena fe y confianza legítima.

Respecto de la primera cuestión se plantea en el recurso de casación cuál debe ser la virtualidad de este derecho antes de la iniciación de un procedimiento sancionador; en particular, en relación con actuaciones inspectoras de la Administración en las que se realizan requerimientos de información, trayendo a colación la jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo sobre el ejercicio de la potestad disciplinaria en el ámbito militar. Por lo que se refiere a la segunda de las cuestiones, alega que la jurisprudencia reconoce, en el ámbito del derecho sancionador de la competencia, que los principios de buena fe y confianza legítima permiten la no imposición de una sanción cuando la Administración ha realizado signos externos que genere al particular la convicción de que está actuando con arreglo a Derecho, siendo preciso un pronunciamiento sobre la proyección de tal jurisprudencia a un ámbito regulado como es el de los mercados bursátiles.

Invoca, en segundo lugar, la presunción de interés casacional objetivo prevista en la letra d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, porque en este caso *«la competencia para iniciar, instruir y realizar la propuesta de resolución ha correspondido a la CNMV. En efecto, la sanción impuesta a BMESN es un acto dictado en un procedimiento complejo que comprende dos fases (procedimiento bifásico), por lo que el recurso contra el acto final cumple la función de controlar todos los vicios que se hayan producido en las dos fases y por tanto –como aquí sucede– los imputables a la CNMV»*. Sobre esta cuestión añade la recurrente que concurre la *ratio* a que obedece la presunción (según el auto de 12 de junio de 2017, en relación con los actos y disposiciones de organismos de supervisión); que la competencia para resolver el procedimiento hubiera correspondido hoy a la CNMV según la modificación operada en la Ley de Mercado de Valores por la Ley 5/2015, de 27 de abril, por lo que sugiere la aplicación retroactiva favorable de la presunción del artículo 88.3 d) LJCA; y que la Sala Tercera no ha descartado esta interpretación (como se aprecia en el ATS de 14 de mayo de 2018 dictado en el RCA 631/2018).

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 4 de enero de 2019, 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 en calidad de parte recurrente la procuradora D.^a MGT, en representación de Bolsas y Mercados Españoles Sistemas de Negociación S.A.

Se ha personado, asimismo, 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. Fernando Román García, 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 Bolsas y Mercados Españoles Sistemas de Negociación S.A. (en adelante, BMESN) contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 14 de septiembre de 2015, que resuelve el expediente sancionador incoado imponiendo a la recurrente una sanción por infracción del artículo 99, letra c) LMV y contra la posterior orden del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, de 15 de diciembre de 2016 (dictada por el Subsecretario por delegación) que desestimaba el recurso de reposición.

Como se ha expuesto en los antecedentes de esta resolución, la sentencia ahora recurrida considera acreditada la conducta infractora – consistente en omitir las labores de vigilancia y supervisión que corresponden a la recurrente en su calidad de rectora del MAB- y descarta la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del derecho a no declarar contra sí mismo. En el recurso de casación preparado por BMESN se plantea, en síntesis, cuál debe ser el alcance del mencionado derecho fundamental proponiendo una interpretación del mismo que supone la obligatoriedad para la Administración de advertir que la información proporcionada en el seno de actuaciones inspectoras puede comportar la incoación de un expediente sancionador; y ello a fin de poder ejercitar el derecho de no declarar contra sí mismo. Alega también BMESN la infracción de los principios de buena fe y de confianza legítima como consecuencia de la interpretación realizada en la sentencia sobre las cuestiones planteadas.

SEGUNDO.- Planteada la controversia en esos términos, nos corresponde ahora determinar si la cuestión suscitada se encuentra revestida de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

Invoca la recurrente la presunción prevista en el artículo 88.3.d) LJCA con diversas alegaciones al respecto; presunción cuya concurrencia debemos, sin embargo, descartar. En efecto, la presunción a que hacemos referencia, tal como se desprende del tenor literal de la ley, se circunscribe a aquellos supuestos en los que se resuelvan recursos contra actos o disposiciones de organismos reguladores o de supervisión cuyo enjuiciamiento corresponde, en primera y única instancia, a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional –vid. ATS de 18 de abril de 2017 (RCA 114/2016). Y sobre este particular hemos precisado que lo determinante es la naturaleza del órgano que dicta el acto, sea éste recurrible directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sea susceptible de recurso ordinario, tal como se

desprende de la lectura contextualizada de la Disposición adicional cuarta y del artículo 88.3.d) de la Ley de esta Jurisdicción.

Dijimos entonces que se trata «de una regla específica de atribución competencial en función del órgano de procedencia y de la materia sobre la que versa el recurso, que modifica la regla general. Esta previsión especial concierne a las resoluciones y disposiciones de organismos con especiales funciones de regulación y/o supervisión en determinados ámbitos (como el económico, en este caso). Y en concordancia con esta previsión especial el nuevo artículo. 88. 3 d) LJCA, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, parte de la premisa de que los actos y disposiciones emanados por estos organismos reguladores o de supervisión, dado el ámbito y las materias sobre las que se proyectan, son susceptibles de plantear cuestiones de interés objetivo casaciones cuando su enjuiciamiento, como es el caso, esté atribuido a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, sin perjuicio de que esta Sección pueda inadmitir el recurso por auto motivado en caso de constatar que el asunto planteado carece manifiestamente de dicho interés» -ATS de 12 de junio de 2017 (RCA 1883/2017).

Es por ello que, en el citado RCA 1883/2017 consideramos aplicable la presunción del artículo 88.3.d) LJCA en relación con una sentencia de la Audiencia Nacional que resolvía el recurso interpuesto contra una resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad (por delegación del Ministro) desestimatoria del recurso de alzada promovido frente a la previa resolución de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia. Lo relevante, en definitiva, era que la resolución materialmente impugnada provenía de un organismo regulador.

No es este el caso, en el que tanto la resolución originaria que impone la sanción de multa como la resolución que desestima el recurso de reposición han sido dictadas por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad en ejercicio de las competencias que tenía atribuidas en el momento de dictarse el acto, con independencia de ulteriores modificaciones legislativas sobre el reparto competencial entre la Comisión del Mercado de Valores y el Ministerio correspondiente. En esta misma línea, ya descartamos en el ATS de 18 de octubre de 2017 (RCA 3206/2017) que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información pudiera considerarse como un *organismo regulador o de supervisión* pues la referencia contenida en el artículo 88.3.d) LJCA debe entenderse realizada a aquellos organismos que tienen su encaje fuera del organigrama de la Administración General del Estado y que poseen independencia o autonomía funcional, lo que, evidentemente, no concurre en este caso.

En definitiva, como puntualizamos en el citado auto de 18 de octubre de 2017 la eventual *«reestructuración o reordenación de las competencias de los diversos órganos y organismos que intervienen en la regulación de ámbitos económicos liberalizados, no implica que el Ministerio, en este caso, el de Industria, Energía y Turismo -y sus órganos superiores- se conviertan en organismos reguladores o supervisores. A efectos del recurso de casación y de la presunción establecida en el artículo 88.3.d) LJCA lo relevante es reiteramos, la caracterización del sujeto del que emana el acto impugnado como organismo independiente y autónomo y no tanto en el calificativo como autoridad de reglamentación o de regulación».*

TERCERO.- Descartada la concurrencia de la presunción prevista en el artículo 88.3.d) LJCA nos corresponde ahora pronunciarnos sobre la, también invocada, presunción de interés casacional objetivo prevista en el artículo 88.3.a) LJCA, por falta de jurisprudencia sobre las normas aplicadas en las que se sustenta la razón de decidir.

Conviene recordar en este punto, como hemos manifestado en múltiples ocasiones, que la citada presunción 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*»; entendiendo por *asunto* no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación. La *carencia manifiesta* de interés casacional a la que alude el citado precepto implica que debe ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso y ello ocurre, por ejemplo, cuando se anuda el interés casacional alegado 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, RCA 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 puesto que lo puesto de manifiesto en el escrito de preparación no es más que una discrepancia con la aplicación o *declinación* que, de la jurisprudencia que invoca la recurrente, ha realizado la Sala de instancia.

Así, por lo que respecta a la necesidad de un pronunciamiento de esta Sala Tercera sobre el derecho a no declarar sobre sí mismo, no pretende la recurrente la formación de jurisprudencia para proporcionar certeza y seguridad en la aplicación del ordenamiento jurídico, sino que se dicte una resolución que estime su pretensión de nulidad del expediente sancionador por haberse fundamentado en prueba ilícita; considerando como tal los indicios recabados a través de requerimientos de información y de posteriores actuaciones inspectoras sin advertirle previamente de su posible influencia en un eventual expediente sancionador. Estas alegaciones obvian la respuesta de la Sala de instancia sobre las especiales funciones que ejerce en el Mercado Alternativo Bursátil y sobre las propias características y finalidades de la actuación inspectora de las Administraciones Públicas (así como la propia jurisprudencia de la Sala Tercera que la propia recurrente cita sobre la imposibilidad de invocar este derecho como excusa para eludir los requerimientos de información), pretendiendo vincular esa falta de advertencia al carácter ilícito de la prueba, con el único objetivo de que se declare vulnerada la presunción de inocencia. Cuestión, finalmente, que tras una apariencia jurídica de generalidad no constituye más que una discrepancia con los hechos declarados probados y con la valoración de la prueba realizada en la sentencia.

De otro lado, por lo que concierne a la pretendida vulneración de los principios de buena fe y de confianza legítima, la recurrente parte de una premisa errónea consistente

en afirmar que, dada por buena una determinada regulación por la autoridad supervisora, no puede luego iniciarse un expediente sancionador por considerarse aquella inadecuada sin haber promovido antes su modificación. De la lectura de la sentencia de la Audiencia Nacional se desprende, sin embargo, que la sanción impuesta por la Administración no lo es por considerar que las circulares y el Reglamento sobre la gestión del sistema multilateral de negociación aprobados por BMESN y validados por la CNMV sean contrarios a derecho, sino porque, en el marco regulatorio aprobado, la citada entidad no ha implementado los protocolos necesarios para contrastar y verificar la actuación de los Asesores Registrados que exige la normativa aplicable, sin que por tanto pueda alegarse la infracción de los principios de buena fe y confianza legítima por falta de predeterminación normativa. Premisa errónea que determina la falta de relevancia de la infracción denunciada.

Procede puntualizar, por último, que la norma en que se sustenta la sanción impuesta ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, sin que la recurrente haya realizado alegación alguna sobre esta cuestión. No obstante, en la medida en que las infracciones denunciadas en el escrito de preparación no se refieren a la normativa reguladora del mercado de valores –sino, como se ha puesto de manifiesto, a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia y del principio de confianza legítima- y a la vista de la manifiesta carencia de interés casacional objetivo del recurso que hemos razonado, no resulta necesario un pronunciamiento sobre tal sucesión temporal de normas.

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 (2.000 €) la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida por su personación y oposición al recurso, por todos los conceptos, más el IVA correspondiente, si procediera.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 194/2019, preparado por la procuradora D.ª MGT, en representación de la entidad Bolsa y Mercados Españoles Sistemas de Negociación, S.A. contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 11 de octubre de 2018, desestimatoria del recurso n.º 135/2017; 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.