

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 21 DE JULIO DE 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 1256/2018
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 17 de abril de 2018 confirmada en alzada por Resolución del Ministerio de Economía y Empresa de 28 de septiembre de 2018.
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 21 de julio de 2023.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 1256/2018**, se tramita a instancia de **LINK SECURITIES, S.V., S.A.**, representado por el Procurador AMR contra la resolución del Ministerio de Economía y Empresa de fecha 28 de septiembre de 2018, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la CNMV de fecha 17 de abril de 2018, sobre sanción grave del artículo 100 X bis de la LMV, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y es la Resolución de fecha 28 de septiembre de 2018.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al recurrente para que formalizara la demanda, solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda, se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda y fijada la cuantía por diligencia de ordenación de fecha 28 de mayo de 2019 en **40.000 euros**, se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y admitida a instancia de la actora, con el resultado que obra en autos.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 4 de julio de 2023 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso contra la resolución del Ministerio de Economía Industria y Competitividad de fecha 28 de septiembre de 2018, por la que se desestimaba el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 17 de abril de 2018, y que resolvía el expediente sancionador incoado, entre otros, a LINK SECURITIES, y que impuso a la parte recurrente la siguiente sanción:

"Por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100 x) bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores (artículo 295.6 del texto refundido de la LMV, Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por incumplimiento de la obligación de comunicar a la CNMV como

operaciones sospechosas de constituir manipulación de mercado, las realizadas por PRIM, S.A. con acciones propias en el ejercicio 2015, una sanción de multa por importe de 40.000 euros."

SEGUNDO.- La parte recurrente alega, en síntesis, lo siguiente: 1. Actuación de LINK conforme a los criterios fijados por la CNMV en cuanto a la obligación de comunicar operaciones sospechosas. 2. Vulneración del principio de culpabilidad e infracción del principio de tipicidad. 3. Vulneración de normas del procedimiento administrativo sancionador. Y 4. Vulneración del principio de proporcionalidad.

TERCERO.- Las alegaciones de la parte recurrente constituyen reiteración de las que había formulado en vía administrativa y que obtuvieron adecuada respuesta a través de la actuación administrativa que ahora se impugna en vía jurisdiccional.

En efecto; en cuanto a la infracción prevista en el artículo 100 x) bis de la LMV, alega la parte actora que actuó conforme a los criterios establecidos por la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores porque no existían en la operación indicios razonables para considerarla sospechosa de abuso de mercado, ya que el hecho de que una operativa represente una porción importante del volumen de negociación no implica necesariamente que deba ser considerada como sospechosa y porque las circunstancias concurrentes justificaban la no comunicación de la operación.

Conforme al artículo 83 quáter de la Ley 24/1998, serán entidades obligadas a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores las empresas de servicios de inversión y entidades de crédito españolas, incluidas las filiales de entidades extranjeras, así como las sucursales de empresas de servicios de inversión o entidades de crédito no comunitarias. En su caso, la Comisión Nacional del Mercado de Valores remitirá la comunicación de operación sospechosa a la autoridad supervisora del Estado miembro en el que radique el mercado en el que se haya realizado tal operación.

Por su parte, el artículo 100 x bis de la citada norma, tipifica como infracción grave *"El incumplimiento de la obligación de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de operaciones sospechosas de constituir abuso de mercado, establecida en el art. 83 quáter de esta Ley."*

En este caso se ha imputado a la parte hoy demandante una conducta omisiva por no haber comunicado a la CNMV las operaciones de autocartera de PRIM, siendo las mismas sospechosas de constituir operaciones de manipulación de mercado, de modo que ello supondría un incumplimiento de la obligación establecida en el art. 83 quáter de la LMV.

El citado art. 83 quáter fue introducido por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, y trae causa del proceso de establecimiento en el ámbito de la Unión Europea del nuevo régimen sobre el denominado "abuso de mercado", así como en la armonización del Derecho del Mercado de Valores español con el Derecho Comunitario.

La operativa desplegada por PRIM sobre sus propias acciones no pudo pasar desapercibida por el intermediario que introdujo las órdenes. LINK fue pleno conocedor de los volúmenes que supusieron las operaciones y la posición de dominio que implicaron en las correspondientes sesiones, por lo que debió poner en conocimiento del organismo supervisor la operativa, como sospechosa de constituir una práctica manipuladora.

En efecto, como se ha señalado, al intermediario se le exige que notifique al supervisor aquellas operaciones sobre las que existan indicios racionales para ser consideradas ilícitas, tras el oportuno análisis y valoración, conforme a las pautas y criterios legalmente establecidos.

En este caso, en las operaciones de autocartera de PRIM, son de apreciar indicios que imponían al intermediario el deber de realizar la comunicación exigida por la norma.

En efecto; tal y como consta en la actuación administrativa recurrida, y no ha sido desvirtuado por las alegaciones de la parte recurrente, en 50 sesiones PRIM realizó compras o ventas de acciones propias con un volumen superior al 25% del total negociado, superando el 50% del volumen negociado en 22 de ellas. Asimismo, en un total de 32 sesiones las compras o las ventas sobre acciones propias representaron más del 25% de la media negociada en las 30 últimas sesiones y en 35 sesiones PRIM intervino en alguna o varias de las subastas de la sesión, concentrando más del 50% del volumen negociado en dichas subastas en la mayoría de ellas. En términos porcentuales, ello supuso que en el 43% de las sesiones en las que PRIM realizó compras o ventas (50 sesiones), su operativa representó más del 25% del total negociado y en el 19% de las mismas (22 sesiones) sus compras o sus ventas representaron más del 50% del volumen negociado referido a los periodos en que se fijan los precios de referencia. Además, se han de considerar las 29 sesiones de 2015 identificadas en el Anexo I del informe razonado, en las que la operativa con acciones propias es todavía más intensa, pues representó más del 25% de la negociación –en 14 de ellas superando el 50%–, y también fue superior al 50% de los periodos en que se fijó el precio de referencia, todo lo cual dio lugar a una inusual concentración de operaciones de autocartera, en volumen muy relevante, que implicaban una clara posición de dominio en las sesiones afectadas. Y los representantes de LINK, durante las actuaciones de inspección, recogidas en la diligencia de constancia de hechos de 28 de junio de 2016, a la pregunta nº 4, relativa a la existencia de un sistema o procedimiento para detectar potenciales situaciones o prácticas manipuladoras susceptibles de ser comunicadas a la CNMV como operaciones sospechosas, contestó: *“No tenemos ningún sistema automatizado para detectar estas operaciones...”* y *“he observado alguna operación de PRIM sobre operaciones propias pero no me ha llamado la atención”*.

Así pues, dada la referida operativa de autocartera, conocida por LINK como intermediario de las operaciones, queda acreditada la comisión de la infracción imputada, pues se omitió realizar comunicación alguna a la CNMV, a pesar de la existencia de claros indicios sospechosos de práctica manipuladora, de conformidad con los criterios y parámetros interpretativos recogidos en el artículo 3 del Real Decreto 1333/2005, en el documento de CESR 04/505 b y en la guía publicada por la CNMV en 2008, pues –tal y como razona la parte demandada– los volúmenes negociados con autocartera, rebasaban ampliamente los límites cuantitativos entendidos como razonables, para una operativa sobre la que se debe extremar la cautela, pues se configura como idónea para ser utilizada de manera ilícita.

Además, esta operativa fue reiterada y mantenida en el tiempo durante diversas sesiones del año 2015.

En cuanto a la alegada vulneración del principio de culpabilidad, tal alegación carece de virtualidad anulatoria porque debe tenerse en cuenta que al intermediario habitual le era exigible haber identificado como sospechosas aquellas operaciones que encajaban en los indicios razonables sospechosos previamente establecidos, debiendo haberlas comunicado al organismo supervisor.

En cuanto a la supuesta vulneración de las normas del procedimiento administrativo sancionador, hemos de reiterar aquí la respuesta dada por la actuación administrativa objeto del presente recurso a las alegaciones vertidas enviada administrativa por la parte recurrente respecto de la existencia de una íntima conexión entre los expedientes 1/2017 y 2/2017, por la coincidencia en el valor cotizado, el tipo de infracción, el elemento temporal y el bien jurídico protegido.

Considerando que todo ello justificaría la acumulación de los procedimientos, de conformidad con el artículo 57 de la LPAC.

La parte recurrente manifiesta que la acumulación impediría que unos mismos hechos fueran sancionados dos veces.

Sin embargo, la eventual tramitación acumulada no habría supuesto la imposición de una única sanción (una vez constatada la existencia de dos infracciones), aunque se tramitara un sólo expediente. Esta Sala por auto de 13 de febrero de 2004 denegó la acumulación de procedimientos solicitada por la recurrente, en relación a las impugnaciones judiciales de las sanciones impuestas. Y con posterioridad a recaído sentencia estimatoria del recurso interpuesto contra la referida sanción. Vid. Sentencia de este tribunal de 11 setiembre 2019, recurso 1157/2018, a instancias de la entidad PRIM.

No es de acoger la alegación formulada respecto de la supuesta infracción del principio "non bis in idem", por tratar de imponer dos sanciones por unos mismos hechos, pues nos hallamos en presencia de dos trabajos de auditoría distintos, de cada uno de los cuales resultaban o podían resultar, en su caso, infracciones distintas, susceptibles de sanciones distintas, ya se siguieran uno o dos expedientes.

Por otra parte, se reitera una vez más la supuesta irregularidad del acuerdo de incoación, por contener de manera predeterminada la sanción a imponer a los expedientados, condicionando la correcta instrucción del procedimiento y perjudicando la debida separación que debe existir con la fase de resolución. Sin embargo dicha alegación carece de virtualidad anulatoria porque el hecho de que en el acuerdo de incubación se contenga una referencia a los hechos que la motivan, al derecho aplicable y a la eventual sanción que pudiera recaer, no supone irregularidad alguna, ya que, al igual que el contenido de una propuesta de resolución en el procedimiento administrativo sancionador, tales datos evitan la indefensión de la parte interesada en el seno del propio procedimiento administrativo sancionador.

Y en cuanto al principio de proporcionalidad que se invoca también por la parte recurrente, la sanción y a la graduación de la misma, ha tenido lugar atendiendo a las circunstancias concurrentes y relevantes de acuerdo con los criterios establecidos en la LMV, con aplicación del principio de proporcionalidad que establece la Ley 30/1992.

Por todo lo expuesto, ajustándose a derecho la actuación administrativa recurrida es lo procedente desestimar el presente recurso.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso administrativa, la parte recurrente debe ser condenada al pago de las costas.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por **LINK SECURITIES, S.V., S.A.**

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

“La presente sentencia es susceptible de 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.”

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.