

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE NOVIEMBRE DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso n.º: 5124/2018
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, de 24 de Mayo de 2018.
Fallo: Admisión

En Madrid, a 26 de noviembre de 2018.

HECHOS

PRIMERO.- Bankia, S.A. interpuso recurso ante la Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional contra la resolución de 21 de septiembre de 2016 del subsecretario de Economía y Competitividad -por delegación del ministro-, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 25 de marzo de 2015, por la que se impuso a dicha entidad una multa por importe de 150.000 € 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 (LMV), por la realización de prácticas de manipulación del mercado durante el periodo comprendido entre el 13 de febrero y el 12 de marzo de 2012 en relación con sus acciones propias.

SEGUNDO.- La Sala de lo Contencioso-administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional dictó sentencia, de fecha 24 de mayo de 2018 (procedimiento ordinario núm.911/2016), por la que desestima el recurso.

La Sala, tras exponer la conducta que se imputa a la actora, concluye que *«[...] los hechos que la resolución recurrida declara probados tienen el necesario soporte probatorio en las actuaciones practicadas, donde constan una serie de circunstancias y hechos que constituyen indicios suficientes para sobre los mismos construir de manera consistente una prueba indiciaria en sentido estricto»*, sin que las circunstancias excepcionales alegadas por la recurrente -levantamiento de la prohibición de constituir o incrementar posiciones cortas netas, que provocó un aumento de la oferta sobre la demanda; comunicación mediante hechos relevantes del acuerdo del aumento del capital y la intención de realizar recompra de determinadas emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada; y comunicación de una nota con la descripción de los términos y condiciones de la oferta de recompra y suscripción- justifiquen, a juicio de la Sala, la operativa de autocartera durante el periodo relevante, al no apreciar razones legítimas suficientes ni considerar que la operativa de autocartera se ajustara a prácticas aceptadas de mercado.

En cuanto al elemento de la culpabilidad, la sentencia considera que *«[...] a la recurrente no puede escapársele que con su actuación estaba asegurando un nivel de precios de forma artificial o al margen del funcionamiento normal del mercado, lo que, con abstracción de si concurre o no un dolo directo, hace inexorable la presencia al menos de la culpa consciente, lo que es suficiente para la vivencia del tipo infractor imputado»*.

Por último, la Sala desestima la solicitud de reducción de la sanción.

TERCERO.- Notificada la sentencia, la representación procesal de Bankia, S.A. ha preparado recurso de casación en el que denuncia las siguientes infracciones:

En primer lugar, la vulneración del artículo 83.ter.1.a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores [actual artículo 231.1.a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores], y del artículo 2.1.b) y 3.1 del Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre, por el que se desarrolla la LMV.

Alega que la sentencia no ha interpretado ni aplicado correctamente los conceptos de “motivos o finalidades legítimas” y “prácticas de mercado aceptadas”.

Considera que, para determinar si concurre o no una “finalidad legítima”, es preciso atender al contexto jurídico y económico donde se producen las operaciones de autocartera, y, en el presente caso, la sentencia ha ignorado que el periodo relevante viene determinado por una medida regulatoria propia de la CNMV, como fue el alzamiento de la prohibición de mantener posiciones cortas, que provoca un incremento significativo de las ventas de las acciones de Bankia; que la autocartera de una compañía debe poder intervenir para proveer de liquidez al mercado con el fin de evitar el perjuicio de los inversores derivado de la dificultad para casar sus operaciones; y que ocupar una posición dominante puede estar justificado por esa legítima finalidad de proveer de liquidez a los inversores.

Por otra parte, alega que la sentencia sí tuvo que considerar que el hecho de que Bankia actuara en cumplimiento de su política de autocartera y comunicando a la CNMV sus operaciones, servía para acreditar la concurrencia de una práctica de mercado aceptada. Añade que el actuar mediante intermediarios no está prohibido por el ordenamiento.

En segundo lugar, invoca la vulneración del artículo 130.1 de la Ley 30/1992, en la interpretación que corresponde dar a ese precepto en el caso de infracciones de manipulación de mercado, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo en sentencia de 3 de marzo de 2003 (recurso 6481/1997), que establece que las infracciones de manipulación de mercado solo pueden apreciarse si concurre “dolo” en alguna de las formas admitidas por la dogmática penal o, al menos, culpa consciente.

Alega que, por su propia naturaleza, las operaciones de autocartera no responden al “funcionamiento normal del mercado”, y que cualquier emisor que realiza una operación de autocartera sabe o es consciente de que está realizando una operación en la que interfiere en la formación de precios, pero que el ordenamiento jurídico admite como válida esa operación por razón de determinadas finalidades que se consideran adecuadas. Además, añade, la sentencia prescinde de tomar en consideración la actuación del supervisor.

Como supuestos de interés casacional invoca los previstos en las letras a) y d) del artículo 88.3 LJCA, ya que no existe jurisprudencia sobre los requisitos por los que una operativa de autocartera puede ser considerada como conducta de manipulación del mercado, y la resolución recurrida proviene de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En concreto, alega que no existe jurisprudencia sobre las siguientes cuestiones:

«(i) Si el concepto de manipulación de mercado del art. 83.ter.1.a) LMV puede aplicarse a la vista de dos indicadores tales como la posición dominante en la negociación y la actuación en las subastas de cierre, teniendo el interesado la carga de demostrar circunstancias excepcionales; o si, por el contrario, ha de estimarse que la concurrencia de esos indicadores no basta por sí sola para imputar una infracción, siendo necesario analizar el contexto jurídico y económico en el que se desenvuelve la conducta; prestar especial atención a las intervenciones regulatorias que hayan podido producirse; y reconocer a la autocartera la posibilidad de actuar como proveedora de liquidez en un determinado momento.

(ii) Si el concepto de manipulación de mercado requiere un plus de culpabilidad que, en el caso de las operaciones de autocartera, puede limitarse a constatar que estas operaciones habrían influido en la formación del precio al margen del funcionamiento normal del mercado; o si, por el contrario, siendo las operaciones de autocartera por su misma naturaleza operaciones que responden a razones distintas de un interés inversor, debe analizarse la conducta de acuerdo con las pautas y criterios que el emisor haya exteriorizado expresamente al supervisor».

También invoca los supuestos previstos en las letras c) y f) del artículo 88.2 LJCA, ya que la materia no solo afecta a las entidades financieras, sino que afecta a todo el mercado en su conjunto, y el recurso de casación afecta también a la aplicación e interpretación al caso del Derecho de la Unión Europea, encontrándose actualmente en vigor el Reglamento 596/2014.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 24 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 en tiempo y forma, como parte recurrente, Bankia, S.A., representada por el procurador D. FAA. Se ha personado en concepto de parte recurrida el Sr. Abogado del Estado, que formula oposición a la admisión del recurso.

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

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de casación preparado se articula, entre otros motivos, por la vía del art. 88.3.a) LJCA, que establece que se presume que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia «Cuando en la resolución impugnada se hayan dictado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia», y por la vía del art. 88.3.d), que establece que se presume que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia «Cuanto resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional».

No obstante, en relación con las citadas presunciones también hemos manifestado ya en diversas ocasiones -entre otros, en los autos de 10 de abril de 2017 (RRCA 225/2017 y 227/2017)- que no se trata de unas presunciones de carácter absoluto pues el propio artículo 88.3 LJCA, 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*».

SEGUNDO.- Como se ha reflejado en los antecedentes de esta resolución, la primera cuestión planteada, sobre la que se alega que no existe jurisprudencia, estriba sobre si es necesario analizar el contexto jurídico y económico en el que se desenvuelve la conducta imputada de manipulación de mercado.

Y la Sala de instancia ha confirmado la resolución recurrida no sólo por constatar la posición dominante de la recurrente en la negociación y su actuación en las subastas de cierre, sino que también ha examinado y valorado el contexto jurídico y económico en el que se desenvuelve la conducta imputada, negando que las circunstancias excepcionales alegadas por la recurrente justifiquen la operativa de autocartera durante el periodo relevante, al no apreciar razones legítimas suficientes ni considerar que la operativa de autocartera se ajustara a prácticas aceptadas de mercado.

Por lo tanto, la parte recurrente no está planteando una cuestión hermenéutica sobre la que se proyecten criterios contradictorios, sino que pretende, de nuevo, el reexamen de los elementos fácticos del pleito para que, a través de ellos, se concluya que la conducta imputada está justificada por el contexto jurídico y económico en el que la misma se desenvuelve.

CUARTO.- La segunda cuestión planteada, sobre la que se alega que no existe jurisprudencia, estriba sobre la existencia o no de culpabilidad.

La sentencia, en este particular, considera que a la recurrente no puede escapársele que con su actuación estaba asegurando un nivel de precios de forma artificial o al margen del funcionamiento normal del mercado, lo que hace inexorable la presencia al menos de la culpa consciente, lo que es suficiente para la vivencia del tipo infractor imputado.

Frente a ello, la parte recurrente, tras resaltar que las operaciones de autocartera no responden al “funcionamiento normal del mercado” y que cualquier inversor que realiza una operación de autocartera sabe o es consciente de que está realizando una operación en la que interfiere en la formación de precios, sin embargo considera que la conducta debe analizarse de acuerdo con las pautas y criterios que el emisor haya exteriorizado expresamente al supervisor, alegando que Bankia había actuado siguiendo las pautas de autocartera comunicadas a la CNMV para su control y el cumplimiento de las restantes obligaciones regulatorias establecidas.

Planteada en estos términos la controversia -y habiendo sido invocadas las presunciones de interés casacional objetivo previstas en los apartados a) y d) del artículo 88.3 LJCA, y los supuestos de los apartados c) y f) del artículo 88.2 LJCA-, no se aprecia que el recurso, en este particular, carezca de interés casacional, y, contra lo pretendido por el abogado del

Estado en su escrito de oposición, el problema jurídico suscitado no puede tildarse de manifiestamente carente de interés casacional -con una carencia evidente y directamente apreciable-, pues plantea una cuestión jurídica de alcance general que trasciende del caso objeto del proceso, suscitando problemas hermenéuticos extrapolables a otros casos.

En efecto, partiendo de los mismos hechos constatados por la sentencia, se trata, en definitiva, de determinar si la comunicación de las pautas de autocartera efectuada por el emisor -en este caso Bankia, S.A.- al supervisor -CNMV- excluye o modula la culpabilidad de aquél, al poder considerar que actúa conforme a derecho.

Los artículos que en principio serán objeto de interpretación son el artículo 130.1 de la Ley 30/192, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y el artículo 83.ter.1.a) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actual artículo 231.1.a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).

Todo ello, sin perjuicio de que *«[...] la sentencia haya de extenderse a otras (normas) si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso»*, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 90.4 LJCA.

QUINTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del poder judicial, en la sección correspondiente al Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

SEXTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

- 1.º) Admitir el recurso de casación preparado por la representación procesal de Bankia, S.A. contra la sentencia de 24 de mayo de 2018, dictada por la Sala de lo Contencioso- administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 911/2016.
- 2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar si la comunicación de las pautas de autocartera efectuada por el emisor -en este caso

Bankia, S.A.– al supervisor –CNMV– excluye o modula la culpabilidad de aquél, al poder considerar que actúa conforme a derecho.

- 3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, los artículos 130.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y 83.ter.1.a) de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actual artículo 231.1.a) del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores).
- 4.º) Se ordena publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.
- 5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.
- 6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.