

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE DICIEMBRE DE 2020

Sala de lo contencioso-administrativo, sección: primera

R. CASACION núm.: 4982/2020
Ponente: D. Ángel Ramón Arozamena Laso
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 18 de junio de 2020.
Fallo: Admisión

En Madrid, a 18 de diciembre de 2020.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 18 de junio de 2020, en el recurso nº 787/2019, sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Renaissance Technologies LLC (RETENCH) contra la resolución de la Subsecretaría de Economía y Empresa, por delegación de la Ministra de Economía y Empresa, de 1 de abril de 2019, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto frente a la resolución de 30 de octubre de 2018 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), por la que se impone a la recurrente una multa por importe de 150.000 € por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 286.6 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV), por el incremento de su posición corta neta en relación con el capital en acciones de Liberbank, S.A., con incumplimiento de la prohibición al efecto acordada por la CNMV con fecha 12 de junio de 2017 al amparo de lo previsto en el artículo 20 del Reglamento (UE) nº. 236/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago.

La sentencia considera que la cuestión es de estricta índole jurídica y habría de verse si el artículo 286.6 TRLMV, en su remisión al artículo 20.2 del Reglamento (UE) nº. 236/2012 sobre ventas en corto, comprende o no el incremento en la posición corta neta como consecuencia de la realización de operaciones en largo, y, tras señalar que una posición corta neta (el resultante de deducir de la posición corta, la posición larga que la misma persona física o jurídica mantenga) puede verse incrementada por el inversor tanto por operaciones que supongan directamente incremento de la posición corta, como por operaciones que supongan reducir la posición larga, que es lo que ocurrió en el caso de autos, considera que el artículo 20 del Reglamento UE, nº. 236/2012, entre las operaciones susceptibles de prohibición, no contempla exclusivamente las ventas en corto, y que, con el uso de la conjunción disyuntiva "o" se alude también a otras operaciones distintas vinculadas a un instrumento financiero, y uno de cuyos efectos sea *"conferir una ventaja financiera a la persona física o jurídica en caso de que disminuya el precio o valor de otro instrumento financiero"*. Añade que la visión reduccionista de la demanda, en la limitación propuesta del precepto reglamentario a la creación o incremento de posiciones cortas (no en vano viene a defender que no es lo mismo la posición de un inversor que vende a corto respecto del que vende sus posiciones a largo), no se aviene al propio título de dicho artículo que remite a *"Restricciones sobre las ventas en corto y operaciones similares en circunstancias excepcionales"*, y que la recurrente omite que el artículo 20.2 del Reglamento UE, para concretar el alcance de la prohibición, no parte de referirse a posiciones cortas, posiciones largas o posiciones netas, sino a *"operaciones"* y dentro de esas otras operaciones distintas a las ventas a corto, operaciones vinculadas a un instrumento financiero, lo determinante es que uno de sus efectos sea conferir una ventaja financiera a la persona física o jurídica en caso de

que disminuya el precio o valor del instrumento financiero afectado. Lo determinante del precepto a los efectos de concretar la posibilidad de prohibición para supuestos distintos a las ventas a corto, está en “operaciones” y en “efectos” y dentro de un marco de excepcionalidad.

Y concluye la sentencia que «Es por ello que, al incrementar una posición corta neta, el operador financiero que la realiza aumenta su posición favorable, tiene una ventaja, ante una bajada del precio del instrumento financiero (hecho no discutido en la demanda) y es por ello que las “operaciones” con las que se logra ese efecto ventajoso a evitar en un marco de circunstancias excepcionales, efecto plasmado en el incremento de la posición corta neta y generado ya sea por incremento de la posición corta o por disminución de la posición larga, entran dentro de las posibilidades de prohibición legalmente previstas sin que por la CNMV, al establecer la prohibición que nos ocupa y al sancionar al recurrente por su incumplimiento, se haya incurrido en una interpretación extensiva del tipo sancionador contraria al principio de legalidad y seguridad jurídica», añadiendo que es patente que el acuerdo de prohibición de la CNMV de 12 de junio de 2017 abarcaba, de forma clara y terminante, no solo las ventas en corto, sino también otras operaciones como, en particular y en general, la creación o incremento de “posiciones cortas netas”.

La sentencia contiene un Voto particular, que comparte los argumentos de la sentencia referidos a que el artículo 20 del Reglamento sobre ventas en corto permite a la CNMV adoptar medidas de prohibición o de imposición de condiciones a las operaciones de ventas en corto o similares que supongan la creación o incremento de posiciones cortas netas y no solo las que supongan la creación o incremento de posiciones cortas. Lo que no comparte es que la sentencia, tras analizar las alegaciones de la parte que exclusivamente venían referidas a la vulneración del principio de tipicidad, procede a examinar si el acuerdo de la CNMV de 12 de junio de 2017 de prohibición temporal de operaciones sobre Liberbank comprendía la operación aquí realizada. Entiende que, salvo que se planteara de oficio a las partes la cuestión de si el acuerdo de la CNMV de 12 de junio de 2017 prohibía la conducta aquí realizada, debía haberse limitado a examinar la conformidad a derecho de la resolución recurrida en el aspecto cuestionado. Y discrepa con la conclusión de la sentencia de que es “patente e innegable” que el acuerdo de la CNMV de 12 de junio de 2017 “abarcaba de forma clara y terminante” no solo las ventas en corto sino la creación o incremento de posiciones cortas netas.

SEGUNDO.- La representación procesal de RETENCH ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia, denunciando la infracción del artículo 286.6 TRLMV en relación con el artículo 20.2 del Reglamento 236/2012 y el artículo 27 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Señala que no discute que la CNMV tenga potestad para restringir ventas en corto u operaciones similares que supongan un incremento de la denominada “posición corta”, ni que la prohibición se refiriera a esas operaciones, sino que la infracción se ha cometido al entender extendida tanto esa potestad como la prohibición a operaciones como las realizadas por RENTECH, que suponen un incremento de la denominada “posición corta neta”, pero no un incremento de la “posición corta”. Alega que las operaciones que sean prohibidas o limitadas por la CNMV al amparo del artículo 20.2 del Reglamento 236/2012 son las que integran el tipo infractor previsto en el artículo 286.6

TRLMV, y que de las definiciones contenidas en el artículo 3 del citado Reglamento se deduce que una cosa es la realización de operaciones que incrementan la *"posición corta"* y otra, no siempre coincidente, la realización de operaciones que incrementan la *"posición corta neta"*, y ello porque la *"posición corta neta"* puede aumentar sin realizar operaciones que incrementen la *"posición corta"*.

Añade que «[...] si tanto el artículo 20.2.b) del Reglamento 236/2012 (al definir el ámbito de la potestad) como la Prohibición (al concretarla) emplean una expresión idéntica a la que el artículo 3.1.b) del mismo Reglamento utiliza para definir las operaciones (adicionales a las *"ventas en corto"*) que integran la *"posición corta"*, es forzado concluir que unos y otros textos tienen mismo ámbito objetivo. Y que, en consecuencia, si operaciones como las realizadas por RENTECH no están integradas en el ámbito del artículo 3.1.b) del Reglamento (lo que ni siquiera la Sentencia Recurrída discute, porque no determinan un incremento de la *"posición corta"*, sino que disminuyen la *"posición larga"* -FJ 4º, pág. 9, de la Sentencia Recurrída-) entonces necesariamente tampoco pueden considerarse incluidas ni en el artículo 20.2.b) del Reglamento 236/2012 ni en la Prohibición cuyo texto, se reitera, es en este punto idéntico al del artículo 3.1.b) del Reglamento 236/2012. El argumento de la Sentencia Recurrída (págs. 13 y 14), señalando que tanto el artículo 20.2 del Reglamento 236/2012 como la Prohibición se refieren a otras operaciones, además de a las *"ventas en corto"*, no apoya válidamente su conclusión. Porque esas otras operaciones, adicionales a las puras *"ventas en corto"* (art. 3.1.a) del Reglamento 236/2012) son precisamente las que se definen en el apartado b) del artículo 3.1 del Reglamento 236/2012 y son, por tanto, también operaciones integradas en la *"posición corta"* que se define en ese precepto y no, por tanto, las que disminuyen la *"posición larga"*, como las realizadas en este caso», sin que quepa equiparar, sin más, el incremento de la *"posición corta"* con la disminución de la *"posición larga"*, pues una disminución de la *"posición larga"* incrementa la *"posición corta neta"*, pero no la *"posición corta"*, y tampoco son equiparables económicamente.

Como supuestos de interés casacional invoca las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del artículo 88 LJCA, y los supuestos de las letras c) y f) del apartado 2 del citado artículo 88.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 16 de septiembre de 2020, 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 han personado ante esta Sala, en concepto de parte recurrente, Renaissance Technologies, LLC, representada por la procuradora de los Tribunales Dª. FGR y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, 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. Ángel Ramón Arozamena Laso, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso-administrativo interpuesto al considerar que la CNMV, al sancionar al recurrente por su incremento de la posición corta neta, no ha incurrido en una interpretación extensiva del tipo sancionador contraria al principio de legalidad y seguridad jurídica.

Freten a ello, la recurrente considera que el simple incremento de la posición corta neta no es suficiente para integrar el tipo sancionador.

Lo que se plantea en el recurso, en definitiva, es la posibilidad de prohibición para supuestos distintos a las ventas a corto, y, en concreto, si esa posibilidad de prohibición incluye una operación como la sancionada consistente en el incremento de posiciones cortas netas derivadas de la reducción de posiciones largas.

SEGUNDO.- Planteada en estos términos la controversia, esta Sala, respecto de la concurrencia en el caso de interés casacional, considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de alguno de los supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA, concurriendo, por otra parte, las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo invocadas, sin que se aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo.

Por lo tanto, procede admitir a trámite el recurso de casación y, en debido cumplimiento de lo previsto en el artículo 90.4 LJCA, declaramos que la cuestión planteada por la parte recurrente que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar si el tipo infractor descrito en el artículo 286.6 del TRLMV (puesto en relación con la prohibición acordada por la CNMV el 12 de junio de 2017 al amparo del artículo 20 del Reglamento (UE) 236/2012) incluye supuestos distintos a las ventas en corto, y, en concreto, si la prohibición incluye una operación como la sancionada consistente en el incremento de posiciones cortas netas derivadas de la reducción de posiciones largas.

Y señalamos que las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son el artículo 286.6 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, en relación con el artículo 20.2 del Reglamento (UE) n.º 236/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, y el artículo 27 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

TERCERO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

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

En su virtud,

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por la representación procesal de Renaissance Technologies LLC contra la sentencia de 18 de junio de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 787/2019.

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 el tipo infractor descrito en el artículo 286.6 TRLMV (puesto en relación con la prohibición acordada por la CNMV el 12 de junio de 2017 al amparo del artículo 20 del Reglamento (UE) 236/2012), incluye supuestos distintos a las ventas en corto, y, en concreto, si la prohibición incluye una operación como la sancionada consistente en el incremento de posiciones cortas netas derivadas de la reducción de posiciones largas.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 286.6 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, en relación con el artículo 20.2 del Reglamento (UE) n.º 236/2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de marzo de 2012, sobre las ventas en corto y determinados aspectos de las permutas de cobertura por impago, y el artículo 27 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

4.º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

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, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.