

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE MAYO DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso núm.: 4985/2020

Ponente: D. Ángel Ramón Arozamena Laso

Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 1 de julio de 2020.

Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 5 de mayo de 2021.

HECHOS

PRIMERO.-La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado sentencia, con fecha 1 de julio de 2020, por la que se desestima el recurso n.º 807/2019 interpuesto contra la resolución del Subsecretario de Economía y Empresa, por delegación del Ministro del ramo, de 1 de abril de 2019, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante, CNMV), de 25 de julio de 2018 (expediente sancionador n.º NUM000) por la que impone al recurrente una sanción de multa de 70.000 euros como responsable de la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.o), en relación con el artículo 81.2.a), ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores (LMV) - artículo 282.6, en relación con el artículo 227.1.a), del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto 4/2015, de 23 de octubre (TRLMV)-, por la compra por cuenta propia de 6.037 acciones de Inmobiliaria del Sur, S.A. entre el 2 de enero y el 30 de marzo de 2015, disponiendo de información privilegiada sobre este emisor.

La Sala de instancia, tras resumir los hechos considerados probados por la resolución administrativa, señala que, de acuerdo con la normativa vigente en la fecha de autos, "El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 81.2 de la presente Ley, cuando el volumen de los recursos o de los valores o de los instrumentos financieros utilizados en la comisión de la infracción sea relevante o el infractor haya tenido conocimiento de la información por su condición de miembro de los órganos de administración, dirección o control del emisor, por el ejercicio de su profesión, trabajo o funciones o figure o debiera haber figurado en los registros a los que se refieren los arts. 83 y 83 bis de esta Ley" constituía una infracción muy grave, ex artículo 99. o) en relación con el artículo 81.2 LMV -posterior artículo 282.6 en relación con el artículo 227.1.a) del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV) aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, y que, tras la reforma operada por Real Decreto-ley 19/2018, de 23 de noviembre, de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera, pasa a estar contemplado en el artículo 282.16 TRLMV por remisión al artículo 14 del Reglamento (UE) n.º 596/2014)-.

Recuerda la Sala que el mencionado artículo 81 LMV establece qué información tiene la condición de información privilegiada en este ámbito, refiriéndose a información concreta, referida directa o indirectamente a valores cotizados o instrumentos financieros comprendidos en el marco de esta legislación, que no sea pública y que "de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación". El precepto recoge en su apartado segundo que todo aquel que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar, por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, las conductas que describe (entre ellas realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables a que se refiera la información).

Partiendo de lo anterior se señala en la sentencia que el tipo infractor no remite como elemento típico a la existencia de un resultado económico efectivo en la esfera

patrimonial del sancionado, de una ventaja económica mayor o menor, siendo indiferente la finalidad buscada por el que realiza la acción típica, que se objetiva sobre la base de que el bien jurídico protegido es la integridad del mercado y el sostenimiento de la confianza de los inversores en igualdad de condiciones, tal como se afirma en la STS de 14 de noviembre de 2014 (recurso de casación n.º 5244/2011). La infracción muy grave se singulariza, continúa la Sala, bien por el volumen relevante de los recursos, o valores, o instrumentos financieros utilizados, bien porque el infractor "haya tenido conocimiento de la información por su condición de miembro de los órganos de administración, dirección o control del emisor, por el ejercicio de su profesión, trabajo o funciones o figure o debiera haber figurado en los registros a los que se refieren los arts. 83 y 83 bis de esta Ley", que es la aplicada en este caso.

Singularización que se realiza en transposición de la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero de 2003, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (DAM) y que ha sido interpretado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en el sentido de entender que la presencia de ambos elementos materiales (información privilegiada y operación de compra de acciones concernidas por esa información) comporta una presunción iuris tantum de comisión de la infracción que es compatible, sin embargo, con el derecho a la presunción de inocencia y con la posibilidad de presentar pruebas en contrario.

Por lo que concierne a las alegaciones de fondo del recurrente -existencia de un patrón de conducta de inversión que justifica las operaciones realizadas, presunción de inocencia no desvirtuada e inexistencia de ventaja injusta-, la Sala no tiene por acreditada la existencia de dicho patrón, considerando incuestionable, por evidente, que el recurrente disponía de información de naturaleza privilegiada por la condición en que intervenía en los órganos de administración, dirección o control del emisor información confidencial centrada en la operación con ANIDA, y que por ello debía figurar, como figuró, en la lista de iniciados. Señala a Sala que, al tiempo de comprar las acciones de INSUR, el recurrente era representante en el Consejo de Administración de INSUR y miembro de la Comisión de Estrategia e Inversiones, con participación constante y activa en ambos órganos y, en particular, en las reuniones habidas durante el periodo de información privilegiada donde se informaba puntualmente del avance de la negociación para el desarrollo conjunto de promociones inmobiliarias y se reiteraba la necesidad de confidencialidad en la misma.

Añade la Sala que la resolución recurrida está más que motivada en lo que respecta a la valoración de esa información en la operativa seguida por el recurrente en la compra de acciones, dada la existencia de una correlación temporal entre las compras durante el periodo de información privilegiada y las reuniones de órganos societarios de INSUR en las que se fueron aportando detalles del proceso negociador en curso. Descarta, por tanto, que se trate de una mera conducta inversora preordenada, automatizada y planificada de antemano y de forma totalmente desconectada con la información privilegiada que el recurrente manejaba, existiendo indicios más que fundados para poder hablar con solvencia de un claro abuso de mercado por concurrencia de información privilegiada por lo que no existe vulneración alguna de la presunción de inocencia.

En cuanto a la culpabilidad, la Sala señala que las normas legales no pueden considerarse obscuras o imprecisas en la obligación que establecen, sin que se aprecie la existencia de un error invencible figurando un documento en el que el recurrente expresa que conoce y entiende las obligaciones y responsabilidades que le atañen y declara saberse sometido al registro de iniciados, asumiendo un compromiso de confidencialidad y participando en las reuniones sobre la negociación en las que se reitera la confidencialidad al respecto. Ha quedado acreditada, además, la realización de las compras de acciones sin solicitar, por adelantado, autorización al Presidente o al Secretario del Consejo, dando explicaciones el recurrente sólo en el momento que se le advierte de que no podía realizar operaciones con tales acciones, mediante escrito enviado al Director Financiero.

La Sala descarta, finalmente, la pretendida falta de proporcionalidad de la sanción impuesta ya que se mueve dentro del grado mínimo reiterando que se trata de una infracción marcadamente objetiva y se ha descartado cualquier error.

SEGUNDO.-La representación procesal de D. FPL ha preparado recurso de casación contra la anterior sentencia en el que se denuncia la infracción del artículo 282.6 en relación con el artículo 227.1.a) TRLMV anterior artículo 99.o) en relación con el artículo 81.2 LMV- por remisión al artículo 14 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado.

En lo que aquí interesa y, en resumen, alega el recurrente que tanto el Reglamento europeo como la jurisprudencia del TJUE en que se fundamenta la sentencia recurrida parten de la posible utilización de presunciones y de la objetivación de la conducta, pero dejando abierta la puerta a poder demostrar que la conducta del presunto abusador se explica (y justifica) por una conducta alternativa lícita que pone de manifiesto que no ha utilizado la información privilegiada.

En este caso, declara, las compras realizadas fueron manifestaciones de un patrón de conducta (de inversión) que se prolonga en el tiempo, por lo que no se utilizó la información privilegiada y ello tuvo que ser aceptado como explicación alternativa que sirviera para destruir la presunción de conducta abusiva implícita en toda operación con información privilegiada, dada, además, la inexistencia de una ventaja injusta disfrutada. Alega que sufrió un claro error invencible que supone una ruptura del nexo causal de la responsabilidad subjetiva.

Consecuencia de lo anterior es la infracción de los derechos de defensa y a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE), habiéndosele negado el trámite de conclusiones donde poder realzar, tras conocer los argumentos de la contestación a la demanda, los hechos clave que, por ser obviados, deben darse probados y los efectos que de ellos se derivan.

Finalmente denuncia la infracción del artículo 310 TRLMV en relación con el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al no haberse graduado adecuadamente la sanción aplicable (teniendo en cuenta, por ejemplo, la inexistencia de intención y de lucro, así como su corta duración).

Por lo que concierne al interés casacional objetivo del recurso, invoca la concurrencia del

supuesto previsto en el artículo 88.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LJCA) ya que, al contrario que las sentencias de la Audiencia Nacional que cita, la sentencia no ha valorado la explicación alternativa razonable ofrecida.

Invoca, asimismo, el supuesto previsto en el artículo 88.2.f) LJCA pues la sentencia recurrida entra en contradicción con la STJUE de 23 de diciembre de 2009 (SPG) que cita la propia sentencia recurrida que permite desvirtuar la presunción iuris tantum, lo que de facto está negando la Audiencia.

Finalmente, alega la concurrencia de las presunciones previstas en el artículo 88.3.a) y d) LJCA, siendo necesario un pronunciamiento del Tribunal Supremo "que defina cuáles son los criterios que, en estos expedientes sancionadores, diferencia la proscrita indefensión del derecho a la defensa, y la sanción del derecho a la presunción de inocencia, definiendo las claves de lo que pueden ser las conductas alternativas razonables que evitan la sanción y cuál es el juego la presunción derivada de la mera realización de una operación con información privilegiada y la posibilidad de destruir aquélla. Si no se dibujan estos márgenes existirán inocentes, como mi mandante, que pueden ser sancionados por una responsabilidad objetiva que es inconstitucional y tiene que ser proscrita de nuestro Derecho administrativo sancionador".

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 ha personado ante esta Sala la procuradora de los Tribunales D^a PRI, en nombre y representación de D. FPL, en calidad de parte recurrente. Se ha personado, asimismo, en calidad de parte recurrida, y en la representación que legamente ostente, la Abogada del Estado, quien formula oposición a la admisión a trámite 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 desestimó el recurso interpuesto contra la resolución dictada por la CNMV, confirmada por el Subsecretario de Economía y Empresa, por la que se impuso al recurrente una sanción de multa por uso de información privilegiada en la compra de acciones.

En su recurso de casación, que cumple *a priori* con los requisitos exigidos por el artículo 89.2 LJCA, la parte recurrente alega, en resumen, la contradicción con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por cuanto no se ha valorado la *explicación alternativa* que ofreció para justificar que en la compra de acciones realizada no utilizó información privilegiada ni tuvo intención de abusar de una posición privilegiada en el mercado.

SEGUNDO.-Comprobada la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora la cuestión litigiosa a fin de poder verificar si reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, teniendo en cuenta que, junto a los supuestos de interés casacional objetivo previstos en el artículo 88.2.a) y f) LJCA, las presunciones de interés casacional objetivo previstas en el artículo 88.3.a) y d) LJCA, cuya concurrencia debemos verificar en primer lugar.

Conviene recordar, en este sentido, que las presunciones contempladas en los apartados a) y d) del artículo 88.3 LJCA no tienen un carácter absoluto 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". Esta *carencia manifiesta* supone que la cuestión suscitada por la parte en su recurso de casación anuda el interés casacional objetivo 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). Y ello ha de ser perceptible de forma directa o sin complejos razonamientos jurídicos.

Conviene recordar, asimismo, que incluso cuando se invoca una presunción, el recurrente tiene la obligación de *fundamentar* el interés casacional objetivo del recurso en los términos previstos en el artículo 89.2 LJCA. La mera mención de la concurrencia de una de las circunstancias (incluso presunciones) previstas en el artículo 88 LJCA, o las alusiones genéricas a la necesidad de un pronunciamiento, no resultan suficientes para entender cumplimentada la carga procesal que impone el citado precepto.

La aplicación de estas premisas al asunto aquí examinado conduce a la inadmisión de este recurso por su defectuosa preparación. En efecto, si bien es cierto que concurre la presunción del artículo 88.3.d) LJCA, lo cierto es que no se justifica debidamente cuál es el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia y la conveniencia de un pronunciamiento de esta Sala, resultando evidente que lo único pretendido en el recurso es una nueva valoración de las circunstancias concurrentes en el caso. En concreto, el recurso se centra en la denominada *explicación alternativa* razonable que el recurrente alegó en la vía administrativa y judicial y que, a su juicio, no ha sido tomada en consideración. Ello le lleva a concluir que se contradice la jurisprudencia europea que admite que la presunción *iuris tantum* de uso de información privilegiada -cuando concurren dos elementos materiales como información privilegiada y operación de compra de acciones concernidas por esa información- pueda ser desvirtuada.

Sin embargo, la Sala sí ha analizado la explicación ofrecida por el recurrente, así como la motivación de la resolución administrativa, y atendiendo a los elementos probatorios obrantes en el pleito, ha llegado a la conclusión de que el uso de la información privilegiada es evidente y que la conducta (compra de acciones) realizada por el recurrente no puede calificarse como un patrón de conducta inversora, automatizado y ajeno a dicha información. La sentencia razona, asimismo, por qué considera inexistente el error invencible alegado, partiendo de diversos documentos que obran en el expediente. Es por todo ello que el recurso se ciñe a los aspectos más casuísticos del pleito, careciendo el recurso de la nota de generalidad que justificaría un

pronunciamiento de esta Sala y sin que, por otra parte, se haya justificado el, también invocado, supuesto del artículo 88.2.a) LJCA.

TERCERO.-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), más IVA si procediere, la cantidad que la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte personada con oposición a la admisión.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 4985/2020, preparado por la representación procesal de D. FPL contra la sentencia de fecha 1 de julio de 2020, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 807/2019 con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.