

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 11 DE MAYO DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 443/2018
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 21 de marzo de 2018 que confirma en alzada la resolución del Consejo de la CNMV de 25 de octubre de 2017
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a once de mayo de dos mil veintiuno.

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 443/2018, se tramita a instancia de la entidad BANCO INVERGIS, S.A. representada por el Procurador Don AVG contra la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad de fecha 21 de marzo de 2018 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la recurrente contra la resolución de la CNMV de 25 de octubre de 2017, por la que se le impone una sanción de 40.000 euros por la comisión de una infracción grave de las previstas en el artículo 100 x) bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores (art 296.4 TRLMV), y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía Industria y Competitividad y es la Resolución de fecha 21 de marzo 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 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 27 de abril de 2021 en el que, efectivamente, se votó y falló.

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

II.-FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la resolución de 21 de marzo de 2018 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la parte hoy recurrente contra la resolución de la CNMV de 25 de octubre de 2017, que le impuso una sanción de 40.000 euros por la comisión de una infracción grave de las previstas en el artículo 100 x) bis de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores (art 296.4 TRLMV). La conducta sancionada consistió en el incumplimiento de la obligación de comunicar a la CNMV como operaciones sospechosas de constituir manipulación de mercado las realizadas por Cartera Industrial REA, SA, con acciones propias a lo largo del año 2015.

SEGUNDO.- Alega la parte demandante, en síntesis, que se le ha vulnerado su derecho de defensa porque en vía administrativa se le denegó la práctica de determinada prueba, consistente en la emisión de un informe por parte de la BME, Sociedad de Bolsas SA, que, según entiende la parte recurrente, hubiera demostrado que no podía conocer los precios de las acciones en el momento de ejecutar las órdenes en el mercado de corros electrónico, aun utilizando las herramientas informáticas. Alega también que se han vulnerado las reglas de valoración de la prueba al otorgar valor de prueba pericial al Informe Técnico de la UVM y añade que han sido vulnerados los principios de presunción de inocencia, tipicidad, culpabilidad, el derecho a no autoincriminarse, el principio de proporcionalidad y el de igualdad.

TERCERO.- Respecto de la alegación relativa a la supuesta vulneración de las reglas de valoración de la prueba, manteniendo la parte recurrente que el Informe Técnico de la UVM no puede ser considerado como prueba pericial, en el sentido de que el mismo no debería haber sido emitido por el mismo órgano que había propuesto la apertura del procedimiento inspector, hemos de precisar que la UVM es el órgano previsto por la ley para elaborar precisamente el informe cuestionado por la parte recurrente. Y es lo cierto y averiguado que el contenido de dicho informe, base de la actuación administrativa recurrida, previa la propuesta de resolución correspondiente, es lo que debió ser desvirtuado por la parte demandante, sin que el hecho de que la referida UVM interviniera en la instrucción proponiendo la apertura del expediente sancionador afecte en absoluto a la presunción de veracidad, acierto y objetividad de dicho órgano administrativo, siendo, como se ha dicho, carga procesal de la parte demandante rebatir y desvirtuar su contenido, lo que no ha efectuado y por tanto las alegaciones al respecto carecen de virtualidad anulatoria.

En cuanto a la denegación de la práctica de la prueba solicitada por la recurrente tanto en vía administrativa como en alzada, consistente en oficiar a la BME Sociedad de Bolsas SA, para que informara si las entidades que son miembros de corros electrónicos, pueden, con posterioridad al cierre de una sesión bursátil, tener acceso a la información sobre el libro de órdenes y el precio de las órdenes puestas por otros miembros, hemos de concluir que dicha prueba no era necesaria, pues carecía de trascendencia para la resolución, ello con base en el artículo 82 Ley 30/1992 (actual art. 77 Ley 39/15). Por lo

tanto, el motivo del rechazo de esta prueba es ajustado a derecho, por cuanto su práctica no era necesaria por irrelevante.

CUARTO.- En cuanto al fondo del asunto, la recurrente alega, en síntesis, que los hechos que pudieran haber determinado la existencia de indicios de una operación sospechosa no hubieran podido ser detectados por la entidad, y ello independientemente de que BANCO INVERISIS hubiera aplicado o no la herramienta informática SICAM y otros medios para analizar la operativa de autocartera de REA. Considera la recurrente que el resultado de aplicar esos medios o de no aplicarlos habría sido el mismo: no se hubieran detectado estas transacciones de autocartera como indicativas de una operación sospechosa de abuso de mercado. Por ello niega la existencia de indicios de la conducta sancionada por la CNMV.

Para la resolución de la cuestión que plantea dicha alegación hemos de tener en cuenta lo dispuesto en el artículo. 83 quáter LMV (232 TRLMV), en cuanto señala que *"1. Las entidades que efectúen operaciones con instrumentos financieros deberán avisar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, con la mayor celeridad posible, cuando consideren que existen indicios razonables para sospechar que una operación utiliza información privilegiada o constituye una práctica que falsea la libre formación de los precios... Serán entidades obligadas a comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores las empresas de servicios de inversión (...)"*

Además, el Documento de CESR 04/505b, sobre *Criterios de CESR para la correcta implementación de la Directiva sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado ("abuso de mercado")* contiene un conjunto de directrices y un formato común para informar sobre transacciones sospechosas e incorpora una lista de *"indicaciones de posibles transacciones sospechosas"* para servir como *test* a los intermediarios financieros para la detección de las susceptibles de serlo y así notificarlas. Indicaciones que, en esencia, se vienen a corresponder con los indicios para la identificación de prácticas de manipulación de mercado que figuran en el Real Decreto 1333/2005.

Así las cosas, del examen del expediente administrativo remitido a este tribunal se desprende, tal y como resulta de la actuación administrativa impugnada en el presente recurso, que la entidad estaba en condiciones de conocer que las operaciones de autocartera de REA, a sabiendas de tal naturaleza, representaban un elevado porcentaje (de dominio y cuasi monopolista) sobre la negociación de las acciones, puesto que el dato de la negociación total de un valor es público, y así lo reconoce en su escrito de alegaciones la hoy actora. Además, BANCO INVERISIS estaba igualmente en disposición de detectar el significativo impacto que suponía la compra de acciones propias de REA sobre los precios de referencia del valor, ya que el precio de referencia - precio de cierre de la subasta anterior o de la sesión de mercado anterior - es un dato público y, por tanto, a entera disposición de la entidad. También son de apreciar variaciones significativas de los precios de referencia del valor como consecuencia de la operativa sobre acciones propias de REA, que, en ocasiones, provocan incrementos de la cotización, así como el impacto de las órdenes de REA en la formación de los precios de las subastas en las que interviene Además, BANCO INVERISIS, como miembro del mercado, tenía también información en tiempo real sobre el volumen comprador y

vendedor al mejor precio de oferta y demanda en cada subasta, por lo que tenía capacidad de analizar el significativo impacto en precio de las órdenes de REA en la formación de los precios de las subastas en las que intervenía.

No ha sido desvirtuado, por tanto, el hecho base acreditado y que ha fundamentado la actuación administrativa sancionadora, es decir, que a lo largo de 2015 y, especialmente, en cada una de las 15 sesiones de mercado en las que se produjo la manipulación de mercado que en este procedimiento se trata, BANCO INVERDIS estaba en disposición de detectar la muy relevante y recurrente posición de dominio en la negociación ejercida por REA con sus operaciones sobre acciones propias; de detectar igualmente que, recurrentemente, el precio de las operaciones de autocartera incrementaba significativamente el precio de referencia previo y, en su caso, también el precio de equilibrio formado en la misma subasta. O lo que es lo mismo, BANCO INVERDIS estaba en perfecta disposición, de haber monitorizado las operaciones como era su obligación, de identificar los indicios de manipulación concurrentes y haber comunicado a la CNMV, como era su obligación, las operaciones de autocartera de REA como sospechosas de constituir tal manipulación. Por lo tanto, las obligaciones que recaen sobre la recurrente no son en ningún caso de imposible cumplimiento, encontrándose el mismo tipificado en el art. 100 x) bis LMV (art.295.6 TRLMV), debiéndose resaltar que no se está tipificando la ausencia de análisis por la entidad de operaciones sospechosas de constituir abuso de mercado, sino el hecho de que en ningún momento analizara las operaciones de autocartera de REA, por lo que no detectó que las mismas eran sospechosas de constituir manipulación del mercado, y consiguientemente no comunicó dichas operaciones a la CNMV, tal y como venía obligado.

Es lo cierto y averiguado que lo que se le imputaba a la entidad, tal y como resulta de las actuaciones inspectoras, fue la no comunicación a la CNMV de operaciones sospechosas de constituir abuso de mercado.

QUINTO.- Por lo demás, y en relación con la invocación del principio general de presunción de inocencia, hemos de concluir que los hechos acreditados mediante el informe y documentación a que más arriba hemos hecho referencia, no han sido desvirtuados, razón por la cual es de apreciar en este caso prueba de cargo que desvirtuar precisamente la general presunción de inocencia invocada. El procedimiento se ha desarrollado según la normativa aplicable y ha quedado constatado y no desvirtuado por la recurrente que ésta no comunicó a la CNMV como sospechosas de constituir abuso de mercado las operaciones sobre acciones propias de REA.

En relación con el principio de proporcionalidad, la propia resolución explica claramente que tal incumplimiento sin duda reviste la materialidad y sustantividad suficiente para ser objeto de un expediente sancionador y de reacción disciplinaria, sin que deban ser tenidas en cuenta como atenuantes circunstancias tales como no haber sido sancionada con anterioridad en este ámbito.

Sobre el derecho a la no autoincriminación, aparte de las manifestaciones de los representantes de la entidad no constituyeron la única prueba inculpativa que ha llevado a la conclusión de la existencia de una infracción, también es lo cierto lo cierto que los responsables de BANCO INVERDIS simplemente pusieron en conocimiento de la

CNMV determinados hechos: que no habían aplicado medios para el análisis o monitorización de las operaciones de REA, por entender que le correspondía a BANCA MARCH hacerlo, ello en cumplimiento de su deber legal de colaboración según lo previsto en el artículo 234 del TRLMV, y dirigidas a investigar la posible realización de prácticas de manipulación de mercado por REA con operaciones con acciones propias, intermediadas por BANCO INVERISIS, y de cuyo resultado podían resultar actuaciones disciplinarias, dado que BANCO INVERISIS no comunicó a la CNMV, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 83 quáter de la LMV (en la actualidad, artículo 232 del TRLMV), las operaciones de autocartera de REA como sospechosas de constituir manipulación de mercado, lo cual como ya se ha dicho viene tipificado como infracción grave en el artículo 100 x) bis de la LMV (actualmente artículo 295.6 del TRLMV).

En cuanto al principio de culpabilidad invocado, el hecho de que, como se afirma por la parte recurrente, BANCO INVERISIS pudiera contar con modernas herramientas de detección de operaciones sospechosas que le podían permitir comunicar las mismas a la CNMV, es irrelevante respecto de la culpabilidad en el presente caso.

La invocación por la parte recurrente de los principios de proporcionalidad y de igualdad carece por sí de virtualidad anulatoria, y no consta vulneración alguna del principio de igualdad del artículo 14 de la Constitución española, así como tampoco que entre la infracción cometida y la sanción impuesta sea de apreciar desproporción alguna.

Por todo lo expuesto, ajustándose a derecho la actuación administrativa impugnada en el presente recurso, se impone la desestimación del mismo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 139 de la ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, las costas deben ser impuestas a la parte recurrente.

FALLAMOS

Que desestimamos el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de BANCO INVERISIS, S.A contra la resolución a que las presentes actuaciones se contraen, por ser conforme a derecho.

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.”

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

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.