

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 12 DE FEBRERO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 482/2017
Ponente: D.ª Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 19 de abril de 2017 que confirma en alzada la Resolución de la CNMV de 18 de mayo de 2016.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a doce de febrero de dos mil diecinueve.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 482/2017**, seguido a instancia de **DON RAB**, quien actúa representado por la procuradora Doña IJC y defendido por el letrado Don AHL, contra la Resolución de 19 de abril de 2017 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 26 de junio de 2017 el procurador indicado presentó escrito, interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de 19 de abril de 2017 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por Don RAB contra la resolución de 18 de mayo de 2016 del Consejo de la CNMV, por la que se le impone una sanción de 30.000 euros, y su publicación en el BOE cuando sea firme en vía administrativa.

El Consejo de la CNMV, por Resolución de 18 de mayo de 2016, acordó: "Imponer a Don RAB, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra o), en relación con el artículo 81. 2, ambos de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en la actualidad, artículo 282.6, en relación con el artículo 227.1, ambos del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por haber adquirido por cuenta de un tercero acciones de la SOCIEDAD ANÓNIMA DAMM, SA el 7 agosto de 2014 disponiendo de información privilegiada sobre esta sociedad, una multa por importe de 30.000 euros (treinta mil euros).

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente una vez recibido para que presentara demanda en legal forma; Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, ordene la devolución al recurrente de las sumas abonadas en cumplimiento de la sanción con sus intereses de demora, ordene la publicación en el BOE y en el registro de la CNMV del fallo de la sentencia e imponga las costas a la Administración.

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que, se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de

aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho.

CUARTO.- A instancia de la parte actora se recibió el procedimiento a prueba y se fijó la cuantía del proceso en indeterminada, practicándose prueba documental, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que tras valorar el resultado de la prueba y exponer los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo. El demandante hizo uso del trámite previsto en el artículo 286 LEC, de lo que se dio traslado a la demandada para alegaciones, evacuando el trámite en el sentido que obra en autos.

SEXTO.- Cumplidos los trámites se fijó la fecha para deliberación, votación y fallo, que tuvo lugar el día 5 de febrero de 2019.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que han dado lugar a la sanción que es objeto de recurso.

Los hechos se enmarcan en la investigación realizada por la Unidad de Vigilancia de Mercados de la CNMV con ocasión del anuncio por SOCIEDAD ANÓNIMA DAMM, S.A. (DAMM), de una propuesta de aprobación de exclusión de negociación de la totalidad de sus acciones mediante una Oferta Pública de Adquisición (OPA).

Así, con fecha 27 de octubre de 2014, al cierre de la sesión, se registró en la CNMV una comunicación de Hecho Relevante por la que DAMM anunciaba que su Consejo de Administración había aprobado la convocatoria de una Junta General Extraordinaria de Accionistas, y entre las propuestas del Consejo a la Junta figuraba la aprobación de la exclusión de negociación de la totalidad de las acciones de DAMM en la Bolsa de Valores de Barcelona, mediante la correspondiente formulación de una oferta pública de adquisición (OPA) de acciones para su exclusión de cotización, a un precio de 5.70 euros por acción, así como la reducción de su capital social mediante la amortización de las acciones que hayan acudido a la oferta que excedan del límite legal aplicable en materia de acciones propias.

La oferta se dirige a la totalidad de las acciones de DAMM, sin perjuicio de que, habiendo trasladado determinados accionistas titulares de un 81,6% del capital social un compromiso de inmovilización de sus acciones a los efectos correspondientes, la oferta se dirige efectivamente a la adquisición de un porcentaje máximo del 18,4% de dicho capital.

El precio de la OPA suponía un 36% más sobre el precio de cotización al cierre de la sesión (4,19 euros por acción).

Don RAB, consejero y secretario del Consejo de Administración de DAMM, con fecha 4 de junio de 2014 compró 2.300 acciones a 4,43 euros, por un importe de 10.189 euros, siendo el intermediario BEKA FINANCE SV SA, y el 7 de agosto de 2014 compró otras

2.300 acciones a 4,40 euros, por un importe de 10.252 euros con el mismo intermediario a nombre de su hija AAL.

Dentro del proceso cronológico de estudio, preparación y formalización que culminó con la formulación de una OPA de exclusión sobre las acciones de DAMM, resultan los acontecimientos relevantes siguientes:

- 3 de junio de 2014: DAMM inicia la elaboración de un registro documental con las personas que poseen información privilegiada respecto al proceso iniciado de formulación de una OPA de exclusión (lista de iniciados), que actualizará con las personas que van tomando conocimiento de este proceso, advirtiendo expresamente a esas personas del carácter de la información y de las obligaciones que conlleva su posesión.

- 29 de julio de 2014: Reunión del Consejo de Administración de DAMM. El orden del día se elaboró el 15 de julio y se envió a los asistentes el día 16, si bien en el mismo no se menciona nada relativo a la OPA. A los asistentes al Consejo de Administración no se les remitió ninguna documentación. La intención de formular la OPA les fue comunicada verbalmente el propio día 29 de julio de 2014 con posterioridad a la celebración del Consejo; una vez concluida la reunión, el Presidente comunicó de manera informal a los miembros del Consejo de Administración de DAMM que asistieron personalmente a la reunión, el estudio preliminar de esta posibilidad que estaba llevando a cabo la Sociedad, tanto a nivel interno como de manera coordinada con UBS. Los referidos consejeros manifestaron su satisfacción ante esta eventual operación.

De acuerdo con las propias manifestaciones de D. GPL, Secretario General Técnico de DAMM y responsable de la llevanza de la lista de iniciados, se advierte personalmente y de modo verbal el propio 29 de julio a los consejeros asistentes a la reunión, una vez concluida la sesión del Consejo de Administración.

- 1 de agosto de 2014: se incorporan al registro documental de información privilegiada -lista de iniciados- a los consejeros asistentes al Consejo de Administración del 29 de julio de 2014, entre los que consta, RAB.

El Reglamento Interno de Conducta de DAMM (RIC) señala en su norma 1 que, entre otros, están sujetos al mismo los miembros del Consejo de Administración, a los que se les entrega un ejemplar del mismo. En su norma 7 define la información privilegiada, así como las obligaciones que tienen las personas que la posean, entre ellas, no preparar o realizar cualquier tipo de operación en los mercados sobre los valores de DAMM, siguiendo los preceptos establecidos en la Ley del Mercado de Valores. En esa misma norma, se obliga al responsable de cumplimiento de DAMM a elaborar un registro documental con las personas que acceden a la información privilegiada y a advertirles del carácter de la información, de su deber de confidencialidad y de la prohibición de su uso.

De acuerdo con la información y documentación remitida por DAMM en la contestación al requerimiento de información enviado por la UVM, se ha advertido expresamente a las personas incluidas en la lista de iniciados, entre las que se encuentra RAB, del carácter de la información en su poder y de las obligaciones que conlleva su posesión. RAB fue advertido personalmente y de modo verbal el día 29 de julio de 2014, una vez concluida la sesión del Consejo de Administración. Concretamente, se le informó, como al resto de los iniciados, de los siguientes extremos:

- Del carácter confidencial de la Oferta
- De la prohibición de revelar dato alguno sobre la misma
- De la prohibición de realizar operación alguna sobre acciones de la Sociedad

- De su inclusión en un registro nominativo de iniciados.

Durante los meses previos — desde junio de 2014 - a la comunicación a la CNMV y el mercado del Hecho Relevante antes citado, sobre la operación de OPA de exclusión, el precio o cotización de las acciones de DAMM se mantiene, con algunos altibajos, alrededor de los 4,40 euros por acción. Tras el Hecho Relevante, el día 27 de octubre de 2014 el precio de las acciones de DAMM se acerca al Propuesto para la OPA de exclusión, manteniéndose en torno a 5,60 euros por acción hasta final de año.

De acuerdo con los datos de compra correspondientes a AA, el posible beneficio ascendería a 5.950,00 euros, calculado valorando las acciones al precio de la OPA de 5,70 euros/acción. De este beneficio, 3.029 euros se corresponden con la operación de 7 de agosto de 2014.

Estas acciones no fueron vendidas en mercado tras el Hecho Relevante ni acudieron a la OPA. De acuerdo con la información aportada en un Hecho Relevante de fecha 2 de diciembre de 2014, en el que se detallaban los accionistas que habían trasladado su compromiso de inmovilizar las acciones (por un total del 81,73% del capital social), AAL posee un total de 169.113 acciones, que inmoviliza.

De la información recabada de BEKA FINANCE, SV, S.A. se desprende que AAL no es cliente original de su entidad, sino que las operaciones han sido ordenadas vía routing por BANKIA. S.A. (en adelante, BANKIA). De la información obtenida de esta última entidad se desprende lo siguiente:

- La titular es cliente propio y transmite las órdenes a través de su padre RAB.

- En las cuentas de efectivo y valores en las que es titular aparece como autorizado su padre, RAB.

La persona ordenante de las operaciones realizadas a nombre de AAL es RAB. Las órdenes se dieron por teléfono en las fechas en las que se ejecutan y fueron posteriormente confirmadas por el ordenante.

En la grabación del día 4 de junio de 2014, RAB llama para dar la orden de compra a nombre de su hija. Primero pregunta cuál es el saldo de efectivo de la cuenta a nombre de su hija y en base a eso da orden de compra de 10.000 euros en DAMM y 5.000 euros en ABERTIS.

El día 7 de agosto de 2014, vuelve a llamar RA. Pregunta el saldo de la cuenta de su hija AAL y da orden de comprar 10.000 euros en acciones de DAMM y 5.000 en acciones de CATALANA OCCIDENTE.

La cartera de valores a nombre de AAB a 31 de diciembre de 2013 y a 31 de mayo de 2014 asciende a 949.162,35 euros y 841.974,81 euros respectivamente.-

A la vista de estos hechos, la CNMV consideró que la conducta de Don RAB, que es consejero y Secretario de DAMM incurrió en conducta de uso de información privilegiada, estando en posesión de la misma, en virtud de aquella condición, utilizándola para adquirir por cuenta de un tercero acciones de la sociedad cotizada a la que se refería aquella (2.330 acciones en fecha 7 de agosto de 2014, por importe de 10.252 euros).

SEGUNDO.- Alegaciones de la demandante.-

- No se ha cometido la acción típica, al faltar el elemento consistente en “utilizar” la información privilegiada. La mera realización de operaciones sobre un valor del que se dispone de esta clase de información no es suficiente para realizar la conducta típica (Fundamento Jurídico Séptimo, página 7).

- Infracción del principio de culpabilidad (Fundamento Jurídico Octavo, página 18).

- Infracción del principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables (Fundamento Jurídico Noveno, página 20).
- Vulneración de los derechos de defensa, al haberse acordado “de plano”, sin procedimiento, la publicación de la sanción (Fundamento Jurídico Décimo, página 26).
- Vulneración del Derecho comunitario (Directiva 2003/6/CE) al preverse la publicación de la sanción en el BOE de forma automática y obligatoria (Fundamento Jurídico Undécimo, página 30).
- Naturaleza jurídica sancionadora de la medida consistente en la publicación en el BOE de la sanción impuesta por la CNMV (Fundamento Jurídico Duodécimo, página 41).
- Vulneración de principios específicos del Derecho administrativo sancionador como el de proporcionalidad (Fundamento Jurídico Decimotercero, página 46).
- Infracción de la normativa europea y estatal sobre protección de datos, por el carácter permanente y desproporcionado de la publicación en el BOE (Fundamento Jurídico Decimocuarto, página 47).

TERCERO.- Tipicidad de la conducta. Alegaciones de la demandante.

La parte demandante sostiene que carece de fundamento afirmar que la segunda compra (de 7 de agosto) obedezca a la información privilegiada que disponía el Sr. A. Si hubiera pretendido aprovecharse de la información obtenida gracias a su condición de administrador de DAMM, no habría hecho lo que hizo, sino que habría comprado acciones después de conocer la decisión firme de formular la oferta pública de exclusión, no cuando se trataba sólo de una posibilidad.

Como las ofertas de exclusión suelen producir un aumento del precio de las acciones cuando son anunciadas, el Sr. A habría tenido tiempo a comprar entre la fecha en que se decidió la operación y la fecha en que se anunció públicamente, mientras que al hacerlo el 7 de agosto corrió el riesgo de que la OPA de exclusión finalmente no fuera acordada en firme, o más bien queda demostrado que su intención era comprar acciones de DAMM, como venía haciendo de manera constante durante más de diez años, y no aprovecharse de información privilegiada.

Alega que procedió a devolver el beneficio que habría obtenido con la operación, para lo que entregó a los vendedores de los títulos que compró el 7 de agosto de 2014, la diferencia entre el valor que alcanzaron cuando se anunció la OPA de exclusión y el precio al que los compró. Es decir, la operación de supuesto “abuso del mercado” no la llevó a obtener ningún beneficio, lo que resulta escasamente compatible con el propio concepto de “abuso del mercado”.

En este caso es un hecho pacífico que el recurrente poseía, en la fecha relevante (7 de agosto de 2014), y como consecuencia de su condición de consejero de DAMM, información sobre la intención (que no decisión) de esta sociedad de lanzar una OPA de exclusión, y que ese día 7 de agosto de 2014 ordenó en nombre de su hija una compra de acciones de dicha sociedad. Pero el tipo de la infracción requiere un tercer elemento, al no ser suficiente poseer información privilegiada y realizar operaciones sobre el valor al que se refiera esa información. Ese tercer elemento del tipo (tipicidad) consiste en que en esa operación se haya utilizado la información privilegiada, conforme exige la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero de 2003 –que el legislador español pretendió incorporar al ordenamiento interno a través de los preceptos de la LMV que habría infringido el Sr. A- exige que se prohíba y se sancione “utilizar dicha información” (es decir, la información privilegiada).

Así se desprende, con toda claridad, de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). En su sentencia de 23 de diciembre de 2009 (asunto C-45/08, Spector Photo Group, ECLI:EU:C:2009:806), el TJUE dejó claro que el abuso del mercado no consiste en la mera realización de una operación sobre valores de los que se dispone de información privilegiada, sino que de ese hecho sólo se deriva una presunción que admite prueba en contrario. La infracción exige un elemento subjetivo que aquí no existe.

Destaca el demandante que no se han considerado los indicios aportados a fin de poner de manifiesto la irrelevancia de la información en la operación de 7 de agosto de 2014, y la “no utilización de la información”; así esa operación corresponde a un patrón de conducta que venía repitiéndose durante 10 años, consiste en reinvertir dividendos. La operación es prácticamente idéntica a la operación precedente de 4 de junio, la cuantía de compra es mínima; se ajusta al perfil de un inversor a largo plazo, interesado más en dividendos que en plusvalías; no disponía de otra información que la posibilidad de un lanzamiento de una OPA de exclusión. En fin, entiende que no hay una relación de causalidad entre la información poseída y la compra de los títulos.

CUARTO.- Marco legal y Comunitario. Interpretación del Tribunal de Justicia.

4.1.- La infracción sancionada viene recogida en el artículo 99 o) de la LMV, en vigor en el momento de la infracción (7 de agosto de 2014), que sanciona el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 81.2 de dicho texto legal “cuando 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 que se refiere el artículo 83 y 83 bis de esta Ley”.

Tales registros son las listas de valores e instrumentos financieros sobre los que las empresas y servicios de inversión disponen de información privilegiada y una relación de personas y fechas en que hayan tenido acceso a tal información, así como los registros de los emisores en los que relacionan a las personas que conocen información confidencial y de la prohibición de su uso.

A su vez, el artículo 81 de la LMV (hoy artículo 226 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre) dispone qué información tiene la condición de información privilegiada:

1. Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho 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. (...)

2. Todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes:

a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre instrumentos financieros de los mencionados en el apartado anterior a los que la información se refiera, o sobre cualquier otro valor, instrumento financiero o contrato de cualquier tipo, negociado o no en un mercado secundario, que tenga como subyacente a los valores negociables o instrumentos financieros a los que la información se refiera.

Se exceptúa la preparación y realización de las operaciones cuya existencia constituye, en sí misma, la información privilegiada, así como las operaciones que se realicen en

cumplimiento de una obligación, ya vencida, de adquirir o ceder valores negociables o instrumentos financieros, cuando esta obligación esté contemplada en un acuerdo celebrado antes de que la persona de que se trate esté en posesión de la información privilegiada, u otras operaciones efectuadas de conformidad con la normativa aplicable.(...)

4.2.- El primer problema que plantea el demandante es el de la tipicidad de la conducta, a la luz de los dos hechos relevantes que ha considerado la CNMV para definir la conducta típica: (i) el conocimiento de información privilegiada, en su condición de miembro del Consejo de Administración y Secretario de dicho Consejo de DAMM, y (ii) la adquisición de un paquete de acciones a favor de su hija, dentro de un breve periodo de 7 días entre la difusión de la información y la compra de las acciones, en el contexto de la preparación de una OPA de exclusión.

Las normas que hemos mencionado transponen el contenido de las normas establecidas en 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 (abuso del mercado) (DO L 96, p. 16). Directiva que, en lo que aquí interesa, ha sido objeto de interpretación en su alcance y significado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE, Sala Tercera, Sentencia de 23 Dic. 2009, C-45/2008 (Spector Photo Group NV, CVR y Commissie voor het Bank-, Financie- en Assurantiewezen (CBFA))). En efecto, el demandante sostiene que la tipicidad de la conducta, en lo que afecta a la prohibición contemplada en el artículo 81 LMV, exige no solo la presencia de la información y la adquisición de acciones relacionadas con dicha información sino que exista una relación causal entre uno y otro elemento, y que el elemento subjetivo pueda discernirse.

El Tribunal de Justicia advierte, sin embargo, que la presencia de ambos elementos materiales comporta una presunción, que es compatible con el derecho a la presunción de inocencia, y con la posibilidad de presentar pruebas en contrario, en tanto que la norma contiene una presunción legal que deriva de la concurrencia de los dos elementos (información privilegiada y operación de compra de acciones concernidas por esa información). El razonamiento del Tribunal de Justicia se basa en las peculiaridades de estas conductas, la finalidad de la Directiva, y la necesidad de establecer mecanismos eficaces en garantía del correcto funcionamiento del mercado, su integridad y transparencia, en aras de proteger la igualdad de todos los inversores.

La Directiva 2003/6 establece en el artículo 2:

1- Los Estados miembros prohibirán a cualquier persona de las citadas en el párrafo segundo que posea información privilegiada utilizar dicha información adquiriendo o cediendo o intentando adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, directa o indirectamente, instrumentos financieros a que se refiera dicha información.

El primer párrafo se aplicará a cualquier persona que esté en posesión de esa información:

- a) por su condición de miembro de los órganos de administración, gestión o control del emisor;*
- b) por su participación en el capital del emisor;*
- c) por tener acceso a dicha información debido al ejercicio de su trabajo, de su profesión o de sus funciones, o*
- d) debido a sus actividades delictivas.*

2- Cuando las personas a las que se refiere el apartado 1 sean personas jurídicas, la prohibición expresada en dicho apartado se aplicará también a las personas físicas que

hubieren participado en la decisión de proceder a la operación por cuenta de la persona jurídica en cuestión.

3- El presente artículo no se aplicará a las transacciones realizadas en cumplimiento de una obligación, ya vencida, de adquirir o ceder instrumentos financieros, cuando esta obligación esté contemplada en un acuerdo celebrado antes de que la persona de que se trate esté en posesión de la información privilegiada.

El artículo 8 de la Directiva 2003/6 establece, no obstante, que esta prohibición no se aplicará a las operaciones por las que las sociedades proceden a la recompra de acciones propias.

El artículo 14, apartado 1, de la Directiva 2003/6 contiene un mandato dirigido a los Estados para que adopten medidas administrativas de carácter efectivo y proporcionado, con una finalidad disuasoria: *“Sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a imponer sanciones penales, los Estados miembros garantizarán, de conformidad con su Derecho nacional, que se tomen las medidas administrativas apropiadas, o que se impongan sanciones administrativas contra las personas responsables cuando no se hayan cumplido las disposiciones adoptadas con arreglo a la presente Directiva. Los Estados miembros se asegurarán de que estas medidas tienen un carácter efectivo, proporcionado y disuasorio”.*

4.3.- La pregunta que debía responder el Tribunal, remitida como pregunta número 2, se formuló del siguiente modo: 2) *¿Debe interpretarse el artículo 2, apartado 1, de la Directiva [2003/6] en el sentido de que el mero hecho de que una persona mencionada en el artículo 2, [apartado 1,] párrafo primero, de dicha Directiva, [que] posea información privilegiada, adquiera o ceda, o intente adquirir o ceder, por cuenta propia o de terceros, instrumentos financieros a los que se refiera la información privilegiada, implica al mismo tiempo que hace uso de tal información privilegiada? Y en particular se preguntaba acerca de la prueba que permite entender que la información ha sido utilizada.*

La respuesta del Tribunal es afirmativa y tiene en cuenta lo siguiente:

31. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 no define la operación prohibida como aquella que debe efectuarse «con conocimiento de causa», sino que se limita a prohibir a los poseedores primarios de información privilegiada utilizar dicha información cuando efectúan una operación de mercado. Este artículo define los elementos constitutivos de la operación prohibida al referirse expresamente a dos tipos de elementos, a saber, por una parte, las personas que están incluidas en su ámbito de aplicación y, por otra parte, las acciones materiales constitutivas de esta operación.

32. En cambio, esta disposición no establece expresamente requisitos subjetivos relativos a la intención que inspiró estas acciones materiales. Así, el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 no precisa si el poseedor primario de información privilegiada debió ser guiado por una intención especulativa, debió perseguir un propósito fraudulento o debió actuar deliberadamente o por negligencia. Este artículo no indica expresamente que sea necesario establecer que la información privilegiada determinó la decisión de efectuar la operación de mercado de que se trate, como tampoco prevé expresamente que el poseedor primario de información privilegiada debía ser consciente del carácter privilegiado de la información de que disponía.

33. A este respecto, procede señalar que el legislador comunitario, al elaborar la Directiva 2003/6, quiso subsanar determinadas lagunas que se habían observado al aplicar la Directiva 89/592. El artículo 2, apartado 1, de la Directiva 89/592 tenía, en efecto, por objeto prohibir «a las personas que [...] dispongan de una información privilegiada» efectuar una operación de mercado con los valores mobiliarios de que se trate «explotándola con conocimiento de

causa». La adaptación del Derecho interno a esta disposición originó matices de interpretación en los Estados miembros, al haberse asimilado el concepto de «explotación con conocimiento de causa», en determinados Derechos nacionales, al requisito de un elemento subjetivo.

En este contexto, aunque la Directiva 2003/6 sigue de cerca a su precedente Directiva 89/592 suprime la expresión “con conocimiento de causa” y el verbo explotar por “utilizar”, con “el fin de no conservar ningún elemento de finalidad o intencionalidad en la definición de las operaciones con información privilegiada” (párrafo 34). Esto es así, dice el Tribunal, porque los poseedores de la información privilegiada pueden tener acceso a diario a la misma y son conscientes de la naturaleza confidencial de la información que reciben.

Estos elementos demuestran que la definición del artículo 2.1 de la Directiva 2003/6 “define de manera objetiva las operaciones con información privilegiada sin que la intención que las inspira entre de manera explícita en la definición, y ello con el fin de lograr una armonización uniforme en el Derecho de los Estados miembros”. Y de ahí, se deduce una presunción legal:

36. El hecho de que el artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2003/6 no prevea expresamente un elemento subjetivo se explica, en primer lugar, por la naturaleza particular de la operación con información privilegiada, que permite presumir este elemento subjetivo a partir de la reunión de los elementos constitutivos mencionados en esta disposición. Para empezar, la relación de confianza que une a los poseedores primarios de información privilegiada, mencionados en el artículo 2, apartado 1, letras a) a c), con el emisor de los instrumentos financieros a los que se refiere la información privilegiada implica por su parte una responsabilidad particular a este respecto. A continuación, la ejecución de una operación de mercado resulta necesariamente de una cadena de decisiones que se inscriben en un contexto complejo que permite excluir, en principio, que su autor haya podido actuar sin ser consciente de sus actos. Por último, cuando tal operación de mercado se efectúa estando su autor en posesión de una información privilegiada, debe considerarse, en principio, que esta información se había integrado en el proceso decisorio de éste.

37. El hecho de que el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 no prevea expresamente un elemento subjetivo entre los elementos constitutivos de la operación con información privilegiada se explica, en segundo lugar, por la finalidad de la Directiva 2003/6, que, como se recuerda en particular en los considerandos segundo y duodécimo de ésta, es la de garantizar la integridad de los mercados financieros comunitarios y aumentar la confianza de los inversores en dichos mercados. El legislador comunitario optó por un mecanismo de prevención y de sanción administrativa de las operaciones con información privilegiada cuya eficacia mermaría si estuviera supeditada a la búsqueda sistemática de un elemento subjetivo. Como ha destacado la Abogado General en el punto 55 de sus conclusiones, sólo cuando la prohibición de las operaciones con información privilegiada permita la represión efectiva de las infracciones, resultará disuasiva y favorecerá de manera duradera el respeto de las normas por todos los agentes económicos. La puesta en práctica efectiva de la prohibición de las operaciones de mercado se basa, por lo tanto, en una estructura simple en la que los medios de defensa subjetivos son limitados, no sólo para sancionar sino también para prevenir eficazmente las infracciones de esta prohibición.

38. La reunión de los elementos constitutivos de la operación con información privilegiada contemplados en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6 permite, por lo tanto, presumir la intención del autor de esta operación.

39. Sin embargo, tal presunción no puede vulnerar los derechos fundamentales y, en especial, el principio de presunción de inocencia establecido, en particular, en el artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en lo sucesivo, «CEDH») (...)

44. Debe considerarse que el principio de presunción de inocencia no se opone a la presunción establecida en el artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/6, en virtud de la cual la intención del autor de una operación con información privilegiada se deduce implícitamente de los elementos materiales constitutivos de esta infracción, dado que esta presunción admite prueba en contrario y queda garantizado el derecho de defensa.

Esta interpretación, a la que debemos atenernos (artículo 267 TFUE), permite descartar sin dificultad los argumentos en los que se basa la demanda para defender la atipicidad de la conducta. En efecto, la tipicidad no exige sino la concurrencia de los elementos definidos en el tipo tal y como ha sido configurado, y en este caso nos consta que el demandante era un poseedor de información privilegiada desde el momento en que conocía que se preparaba un OPA de exclusión y que sería incorporado a un fichero específico en el que se relacionan las personas que cuentan con tal información por razón de su cargo o trabajo, y además realizó una compra de acciones concernidas por esa información en los días posteriores a la recepción de la información. De aquí se presume de forma implícita – como señala el Tribunal de Justicia- que utilizó la información, y que los elementos del tipo concurren sin duda. Cosa distinta es que el elemento de culpabilidad también deba estar presente vertebrando la acción, pero este elemento no pertenece al tipo, y se examinará a continuación. (Lo dicho hasta aquí se refleja en el nuevo Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE de forma expresa en los considerandos 23 y 24).

4.4.- Por último, el demandante parece sugerir que la información que poseía no se refería sino a un estadio de preparación de la OPA, entendida como una posibilidad incierta. Pero el argumento queda huérfano de sustento de acuerdo con la información recibida de DAMM en fase administrativa, en tanto que se asegura que el demandante fue advertido junto al resto de los consejeros, personalmente y de modo verbal el día 29 de julio de 2014, de los siguientes extremos: del carácter confidencial de la Oferta, de la prohibición de revelar dato alguno sobre la misma, de la prohibición de realizar operación alguna sobre acciones de la Sociedad, y de su inclusión en un registro nominativo de iniciados.

De un lado, los hechos constatados contradicen cuanto expone el demandante, y de otro, el hecho de estar en un proceso preparatorio o intermedio no implica que no estemos ante un información que deba definirse como privilegiada, conforme pone de relieve el Tribunal de Justicia en la sentencia de 11 de marzo de 2015 (TJUE, Sala Segunda, sentencia de 11 de marzo de 2015, asunto C-628/2013- ECLI:EU:C:2015:162). En esta sentencia, el Tribunal señala que estas fases intermedias también se incluyen y conforman una información privilegiada, en tanto que su conocimiento en determinadas circunstancias puede proporcionar a su poseedor una ventaja respecto de los demás participantes en el mercado que la desconocen. Lo que se exige, de acuerdo con esta sentencia es que “para que la información pueda considerarse de carácter

concreto y preciso" en el sentido de las disposiciones contenidas en la Directiva 2003/6 y el artículo 1.1 de la Directiva 2003/124/CE de la Comisión de 22 de diciembre de 2003, a efectos de la aplicación de la Directiva 2003/6, es que "sea posible deducir, con un grado suficiente de probabilidad, que su influencia potencial en los precios de los instrumentos financieros de que se trate se ejercerá en un sentido determinado, una vez hecha pública".

La resolución administrativa impugnada sigue esta línea, aun sin referirse de modo expreso a esta cuestión prejudicial, y ha tenido en cuenta que en las OPAs de exclusión, con carácter general se ofrecerá a los accionistas que compraron en el mercado un precio superior al de cotización, con el fin de retirar dichas acciones de la circulación y amortizarlas en favor de la compañía o sus socios; Por lo tanto, una vez iniciado un proceso de oferta pública de adquisición de acciones, o su preparación, tal información supone una ventaja frente al resto de los inversores, que la desconocen, en tanto que permitiría adquirir con la expectativa de un alza de precios en el corto plazo, que posibilitará la revalorización de la cartera. Esto es suficiente para dar cumplimiento al tipo, a saber, la potencialidad de la información para poder ofrecer una ventaja al poseedor de la misma.

Y de hecho, el desarrollo de los acontecimientos evidencia que es precisamente lo acaecido, en el sentido de que una vez que la OPA se materializa los precios de adquisición se incrementan en un 36%, con el consiguiente incremento del valor de la cartera de acciones. Y prueba de ello, es que el demandante reconoce que satisfizo la diferencia de valor a los vendedores abonándoles la diferencia entre el precio pagado – 4,40 €- y el precio de la OPA -5,70 €- (véase página 13 del acuerdo sancionador), como medio de reparar el daño causado a los vendedores de las acciones.

Tampoco es necesario que *"se acredite que del uso indebido de la información se haya obtenido un beneficio económico determinado, ya que el designio del legislador con la imposición de este deber jurídico a los agentes y particulares que operan en el mercado bursátil es preservar la integridad de los mercados de valores y garantizar la igualdad de condiciones de los potenciales inversores"* (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 14 noviembre 2014, Rec. 5244/2011). El motivo debe decaer.

QUINTO.- Culpabilidad.

El demandante cuestiona la culpabilidad, a título de dolo o culpa, y apela a las explicaciones ofrecidas acerca de la compra de las acciones de DAMM, reiterando que la adquisición responde a un patrón repetido durante 10 años, independiente de las fluctuaciones de los precios; añade que las acciones en ningún momento fueron vendidas y que dada la información que recibió (posibilidad de una OPA) en modo alguno podía entender que compraba sobre seguro con la expectativa de alza del precio de la acción.

Es cierto que la culpabilidad es un elemento que conforma la infracción (artículo 130.1 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; hoy artículo 28.2 Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público), y que no cabe prescindir del mismo restaurando una responsabilidad objetiva o de resultado. En este sentido la Sentencia Spector que hemos citado, tras expresar que el elemento subjetivo no viene incluido en la definición objetiva del tipo, señala que ello no significa *"que deba interpretarse esta disposición en el sentido de que cualquier poseedor primario de información privilegiada que*

efectúe una operación de mercado entra automáticamente dentro del ámbito de aplicación de la prohibición de las operaciones con información privilegiada". En tanto que "Tal interpretación podría, en la práctica, conducir a la prohibición de determinadas operaciones de mercado que no perjudican necesariamente los intereses protegidos por dicha Directiva. Por lo tanto, es necesario distinguir las «utilizaciones de información privilegiada» que pueden perjudicar dichos intereses de las que no pueden".

La utilización indebida debe determinarse a la luz de la finalidad de la Directiva, que consiste en garantizar la integridad de los mercados financieros y aumentar la confianza de los inversores, confianza que se basa, entre otras cosas, en la garantía de que están en igualdad de condiciones y protegidos contra el uso ilícito de información privilegiada. De ahí que solo una operación contraria a esta finalidad constituirá una operación prohibida (párrafo 61 STJUE 23 de diciembre 2009).

A su vez, debe tenerse en cuenta que el considerando 18 de la Directiva 2003/6 dice textualmente que "La utilización de la información privilegiada puede consistir en la adquisición de instrumentos financieros o en la realización de actos de disposición sobre los mismos cuando la parte de que se trate conozca, o hubiera debido conocer, que la información que está en su posesión es información privilegiada. A este respecto, las autoridades competentes deben considerar qué es lo que una persona normal y razonable conoce o hubiese debido conocer en esas circunstancias".

Pues bien, de acuerdo con estos parámetros hemos de analizar la culpabilidad, partiendo de la base de que, a tenor de los hechos probados, el demandante debía conocer el hecho de que estaba en posesión de información privilegiada, en tanto que había sido previamente advertido de ello, era miembro del Consejo de Administración y Secretario, tenía acceso a información confidencial, y se encontraba inscrito en el registro de personas iniciadas que impone confeccionar el artículo 83 bis de la LMV. Por lo tanto, el hecho de tener estas condiciones, estando previamente advertido de la ventaja (desde el 29 de julio de 2014, por parte del Sr. PL conforme este indica en el expediente), y debiendo conocer la potencialidad de la información para provocar un incremento del precio del valor, o influir en el comportamiento y decisiones de los inversores, es patente que concurría el elemento de la culpa. El sancionado era conocedor de todas estas circunstancias, y por consiguiente no es convincente que invoque olvido o descuido, porque una persona normal de una diligencia media, en las mismas circunstancias, hubiera debido obrar de otro modo sin hacer caso omiso a la prohibición que con toda claridad se establecía en la norma, en el código de conducta de la entidad y en las indicaciones que se habían dado en la última reunión del Consejo de Administración (29 de julio de 2014), antes de realizar la compra vedada (7 de agosto de 2014). La proximidad temporal constituye un elemento relevante para valorar los hechos y la culpa.

La demandante ha ofrecido unas explicaciones referentes a un patrón de conducta previo y a la irrelevancia de la operación cuestionada, que no resultan convincentes, en atención a lo razonado. Es cierto que venía gestionando mediante compras anuales la cartera de valores de su hija AA, y que esta contaba con un patrimonio importante (949.162,35 a 31 de diciembre de 2013 y 841.974,81 euros a 31 de mayo de 2014), en relación a la compra realizada el 7 de agosto de 2014 (10.000 euros), pero lo cierto es que lo determinante no es la ventaja concreta obtenida (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 14 noviembre 2014, Rec. 5244/2011), sino la vulneración de la norma prohibitiva en contra de la finalidad de la

misma, colocándose en posición de ventaja respecto al resto de los inversores que no conocían aquella información.

En este contexto, en el que era obligación del iniciado cumplir la norma y abstenerse de operar con las acciones controvertidas, no cabe invocar descuido, o prolongación de un comportamiento sostenido, precisamente porque las circunstancias habían cambiado, imponiendo al poseedor de la información un determinado comportamiento que eludió pese a las expresas advertencias. En tales condiciones queda acreditada la culpa, sin lugar a dudas.

SEXTO.- Infracción del principio de aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables en relación con el artículo 302 del TRLMV, que suprime para esta infracción la exigencia de que la sanción tenga un importe mínimo de 30.000 euros.

6.1.- Alegaciones de la demandante.

La sanción que se le ha impuesto es contraria a Derecho porque su importe se ha fijado en aplicación de una norma (que establece que las sanciones para esta infracción tengan un importe mínimo de 30.000 euros), que ya no estaba vigente en el momento en que se dictó la resolución, con manifiesto incumplimiento de la regla de la retroactividad de las normas sancionadoras favorables, prevista en el artículo 128.2 de la Ley 30/1992 (hoy, artículo 26.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público).

La infracción sancionada por la CNMV se encontraba tipificada, en el momento de la comisión, por el artículo 99.o) de la LMV, que tipificaba como infracción muy grave “el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 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 artículos 83 y 83 bis de esta Ley*”.

El artículo 102.1 de la misma Ley disponía, con respecto a la sanción: “Cuando se trate de la infracción prevista en el apartado o) del artículo 99, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado a) anterior de este artículo [es decir, multa], sin que la multa pueda ser inferior a 30.000 euros y, además una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o e) de este artículo, según proceda por la condición del infractor”. Sin ese “suelo” de 30.000 euros, la multa se habría fijado en aplicación de los criterios del artículo 102.1.a) y su importe habría sido muy inferior.

Con posterioridad a la comisión de los hechos entró en vigor el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores (TRLMV), que deroga expresamente a la Ley del Mercado de Valores, de acuerdo con su Disposición Derogatoria Única, letra a).

La infracción que antes estaba tipificada en el artículo 99.o) LMV se recoge ahora en el artículo 282.6 del TRLMV, de idéntico tenor literal.

En cuanto al mínimo de 30.000 euros aplicado por la CNMV, está regulado ahora en el artículo 302 TRLMV, en los siguientes términos: “Cuando se trate de la infracción prevista en el artículo 282.8, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado 1 de este artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 30.000 euros y, además una de las sanciones previstas en los apartados 2, 3 o 5 de este artículo, según proceda

por la condición del infractor". Por tanto, ese importe mínimo se aplica ahora a la infracción prevista en el artículo 282.8 (que también tiene que ver con la utilización de información privilegiada), pero no a la infracción prevista en el artículo 282.6, que es la que -según la resolución recurrida habría cometido el recurrente. La nueva norma es, por tanto, distinta a la anterior, sin que pueda afirmarse, tampoco, que se trate de una norma absurda, carente de sentido o patentemente errónea (entendiendo por tales aquellas normas de cuyo propio tenor literal se desprende que constituyen necesariamente el fruto de un error), porque el precepto impone el tope mínimo de 30.000 euros a una infracción muy grave realmente existente, y también referida, como hemos visto, a un supuesto de abuso de información privilegiada.

El hecho cierto es que ha cambiado la norma aplicable a la infracción sancionada, habiendo desaparecido, como consecuencia de dicho cambio normativo, el "suelo" o importe mínimo de 30.000 euros, que era de aplicación cuando se cometieron los hechos. El principio de retroactividad de las normas favorables exige la aplicación de esta nueva norma, que ya estaba en vigor cuando se dictó la resolución, y prohíbe, por tanto, que se aplique el mínimo de 30.000 euros, que ya estaba derogado en esa fecha.

Como el Texto Refundido (es decir, el Real Decreto Legislativo que lo incorpora) es una norma jurídica nueva, dotada precisamente del mismo rango que las normas refundidas, a las que deroga, cualquier posible supuesto de contradicción entre aquél y éstas tendrá que abordarse como un posible supuesto de invalidez del Texto Refundido, mediante la aplicación de los cauces procesales pertinentes en cada caso, y no mediante la pura y simple "inaplicación" del mismo por parte de la Administración, como hace la CNMV en la resolución sancionadora, y confirma el Ministerio en alzada.

6.2.- La Administración se opone

La tesis de la Administración es que el Texto Refundido contiene un error, ya que a pesar de que el actual artículo 302.8 del TRLMV se remite a su artículo 282.8, la remisión correcta que ha de contemplarse debe serlo a su artículo 282.6, que se corresponde con el anterior artículo 99, letra o), de la LMV, respondiendo aquella remisión simplemente a un error en el texto refundido y no a una voluntad del legislador de modificar el régimen disciplinario contemplado en la LMV sobre el uso de información privilegiada.

Se trata, en efecto, de un error en el texto refundido y, por lo tanto, sí es de aplicación la multa mínima de 30.000 euros a la infracción muy grave por uso de información privilegiada (antes artículo 99 o) de la LMV, y ahora artículo 282.6 del TRLMV). Como es sabido, un texto refundido, con carácter general, no puede suponer una alteración del ordenamiento ni innovación alguna del mismo, sino solo la formulación de un texto único que aborde materia que antes estaba regulada por normas diversas y dispersas, y que, en su caso, incluye la regularización, armonización y aclaración de los textos legales previos, pero en todo caso, el texto refundido no supone innovación del ordenamiento, que es el mismo antes y después. Por lo tanto, las infracciones y sanciones han de ser idénticas antes y después del texto refundido. Es desde luego el caso concreto del TRLMV, como además claramente y como no podía ser de otra manera resulta de su exposición de motivos a la que nos remitimos.

Lo contrario, además, conduciría al absurdo. Como no podría ser de otra manera, el artículo 303 del TRLMV establece una multa mínima de 12.000 euros por la comisión de la infracción de uso de información privilegiada de naturaleza grave, recogida en su artículo 295.5 en relación con el artículo 227 — como igual resultaba antes en el artículo 103 de la LMV, por la misma infracción grave recogida en su artículo 100 x) en relación

con el artículo 81, artículos éstos de la LMV que se corresponden con aquellos del TRLMV. Esta infracción grave por uso de información privilegiada se establece en estos textos legales por referencia a cuando no sea muy grave, según los mismos, que a su vez lo es cuando — entre otras circunstancias y como aquí es el caso — 'el infractor haya tenido conocimiento de la información por su condición de miembro de los órganos de administración, dirección o control del emisor', como consecuencia de entender el legislador que ello supone un plus de lesividad de la conducta infractora a los bienes jurídicos protegidos por la prohibición de uso de información privilegiada.

6.3.- El examen de los preceptos legales expuestos, lleva a entender que se ha producido un error patente en la reelaboración de los textos legales, y que la delegación técnica de refundición no se ha llevado a cabo en la forma que se pretendía.

El artículo 82 CE prevé esta clase de normas, señalando que:

1. Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior.

2. La delegación legislativa deberá otorgarse mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo.

3. La delegación legislativa habrá de otorgarse al Gobierno de forma expresa para materia concreta y con fijación del plazo para su ejercicio. La delegación se agota por el uso que de ella haga el Gobierno mediante la publicación de la norma correspondiente. No podrá entenderse concedida de modo implícito o por tiempo indeterminado. Tampoco podrá permitir la subdelegación a autoridades distintas del propio Gobierno.

4. Las leyes de bases delimitarán con precisión el objeto y alcance de la delegación legislativa y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio.

5. La autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

6. Sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control.

La delegación legislativa deberá otorgarse por las Cortes Generales mediante una ley de bases cuando su objeto sea la formación de textos articulados o por una ley ordinaria cuando se trate de refundir varios textos legales en uno solo. La doctrina considera que solo el primer supuesto constituye una auténtica innovación del ordenamiento jurídico, ya que el texto refundido no implica una labor creadora, puesto que su fuerza vinculante deriva de los textos objeto de la refundición, viniendo a suponer una sustitución y derogación de las disposiciones en ellos refundidas.

Asimismo, la autorización para refundir textos legales determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, especificando si se circunscribe a la mera formulación de un texto único (es decir, sin facultades para innovar) o si se incluye la de regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos. El objetivo de los textos refundidos es mejorar la redacción y la sistemática de las normas jurídicas pero sin vulnerar el espíritu de las normas a refundir.

Existen, en consecuencia, dos tipos de Textos Refundidos: aquellos en los que, el Gobierno realiza una función de refundición y un segundo tipo en los que hay una autorización para una labor técnica (aclarando y armonizando los textos legales). Los textos refundidos aclaran el Derecho vigente relativo a una materia, si bien el Gobierno

no puede innovar la propia legislación objeto de refundición, lo que permite definir por sí mismo ciertas fronteras, en tanto que la modificación o derogación por el texto refundido generaría la invalidez de éste en la parte que a ellas fuese contrario.

La ley 20/2014, de 29 de octubre, por la que se delega en el Gobierno la potestad de dictar diversos textos refundidos, en virtud de lo establecido en el artículo 82 y siguientes de la Constitución Española, contiene en el artículo 1 "Autorización para la refundición de textos legales", confiriendo un mandato al Gobierno para aprobar, en el plazo de 12 meses a partir de la entrada en vigor de dicha ley, sendos textos refundidos "en los que se integren, debidamente regularizadas, aclaradas y armonizadas", las leyes y demás normas que se enumeran a continuación, así como las normas con rango de ley que las hubieren modificado y las que, afectando a su ámbito material, puedan, en su caso, promulgarse antes de la aprobación por Consejo de Ministros de los textos refundidos que procedan y así se haya previsto en las mismas: Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Asimismo, se incluirán en el texto refundido a que se refiere esta letra, las disposiciones legales relativas a los mercados de valores, debidamente regularizadas, aclaradas y sistematizadas, que a continuación se indican: (...) Como se ve la ley contiene una autorización de refundición y de regularización de los textos legales. Pero observamos también que: La redacción originaria de la LMV, establecía en el artículo 102.1 que "Cuando se trate de la infracción prevista en el apartado o) del artículo 99, se impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado a) anterior de este artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 30.000 euros y, además una de las sanciones previstas en los apartados b), c) o e) de este artículo, según proceda por la condición del infractor. Esta sanción procede de la redacción originaria de la Ley".

El 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 la redacción originaria (actualmente modificada) define en el artículo 226 el concepto de "Información privilegiada" y en el artículo 227 las "Obligaciones y prohibiciones para quien disponga de información privilegiada", en términos paralelos a la LMV, preceptuando que "1. *Todo el que disponga de información privilegiada deberá abstenerse de ejecutar por cuenta propia o ajena, directa o indirectamente, alguna de las conductas siguientes:*

a) Preparar o realizar cualquier tipo de operación sobre los valores negociables o sobre los instrumentos financieros de los mencionados en el artículo anterior a los que la información se refiera, o sobre cualquier otro valor, instrumento financiero o contrato de cualquier tipo, negociado o no en un mercado secundario, que tenga como subyacente a los valores negociables o instrumentos financieros a los que la información se refiera".

El artículo 282 (Infracciones por incumplimiento de las obligaciones de transparencia e integridad del mercado), preceptúa que: "Son infracciones muy graves las siguientes acciones u omisiones: ... 6. *El incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 227.1, 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 artículos 229 y 230".*

Como se ve hasta aquí el contenido es el mismo. Y se sancionan unas mismas conductas. Pero el artículo 302 (Sanciones por infracciones muy graves) prevé que:

Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones: (...) Cuando se trate de la infracción prevista en el artículo 282.8, se

impondrá en todo caso la sanción recogida en el apartado 1 de este artículo, sin que la multa pueda ser inferior a 30.000 euros y, además una de las sanciones previstas en los apartados 2, 3 o 5 de este artículo, según proceda por la condición del infractor.

La remisión que hace no es al tipo del artículo 228.6 sancionado, sino al 282.8 que contempla otro supuesto (8. *El incumplimiento de la obligación de adoptar las medidas preventivas establecidas en los artículos 227.3, 229 y 230, cuando dicho incumplimiento haya tenido lugar con ocasión de una concreta operación constitutiva de información privilegiada de acuerdo con lo previsto en el artículo 226 de la misma*).

Lo acaecido es que la sanción prevista en la versión original ha dejado de reflejarse, en la forma en que la estaba prevista. El error parece patente, porque unos preceptos son espejo de otros, con lo que podemos entender que en este punto el Texto Refundido se ha apartado del texto de la LMV y de los términos de la delegación, por lo que haciendo una interpretación sistemática y finalista de las normas habrá de prevalecer el texto de la norma de la LMV, en tanto que esta actúa como límite de la norma que es resultado de la refundición. Esta es la interpretación que parece acomodarse a los límites impuestos por el artículo 82 CE, y a la norma de delegación, que en ningún momento ha previsto la posibilidad de derogar, o modificar el régimen de sanciones; por lo que podemos entender que el designio del Texto Refundido no fue más allá de la tarea técnica de refundir y regularizar, puesto que no podía novar el ordenamiento jurídico (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 14 febrero 2000, Rec. 7675/1996). Por lo tanto, se ha de descartar que estemos ante un problema de retroactividad de la norma más favorable, sino de la necesidad de integrar el conjunto normativo que disciplina esta materia, atendiendo al sentido y contenido del régimen de infracciones previsto, que sin lugar a dudas no podía quedar modificado, porque esta labor técnica se produce "sin alterar la regulación material que de esa pluralidad de normas resulta" (Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de Granada, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 31 mayo 1999, Rec. 2079/1996). El motivo debe desestimarse, en consecuencia.

SÉPTIMO.- Publicidad de las sanciones. Nulidad de la publicación de la sanción en el BOE.

7.1.- La parte demandante refiere que la publicación de la sanción (prevista en la resolución) es contraria a Derecho porque la norma legal aplicada se opone a la Directiva 2003/6/CE.

De un lado, entiende que la publicación de la sanción se ha impuesto al margen de todo procedimiento (o ausencia de procedimiento), y al margen también de la naturaleza sancionadora de la propia publicación. A su vez, dice, la concreta regulación normativa de la publicación de las sanciones (artículo 102 de la LMV y 304 del TRLMV) infringe la norma comunitaria que transpone, de donde se deriva la obligación de inaplicarla en virtud del principio de primacía, y de anular los actos administrativos dictados a su amparo.

La Directiva 2003/6, de 28 de enero de 2003, "sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado (abuso del mercado)", regula la publicación de las sanciones –autorizándola– en su artículo 14.4, pero nunca de forma automática, sino sometida a un control de proporcionalidad en el caso concreto:

"Los Estados miembros establecerán que la autoridad competente pueda revelar al público las medidas o sanciones que se impongan por el incumplimiento de las medidas adoptadas de conformidad con la presente Directiva, salvo que la revelación

comprometiera seriamente a los mercados financieros o causara un daño desproporcionado a las partes implicadas”.

Estas mismas consideraciones se mantienen, regulándose de manera más detallada y matizada, en el artículo 34.1 del Reglamento 596/2014, de 16 de abril, que deroga a esta Directiva, y que, aun no siendo aplicable todavía cuando se cometieron los hechos ni cuando se impuso la sanción (sí cuando se publicó en el BOE), tiene al menos un claro valor interpretativo (además de que podría encontrar aplicación por el principio de retroactividad de las normas sancionadoras más favorables):

“Cuando, en una evaluación caso por caso de la proporcionalidad de la publicación de la identidad de la persona jurídica destinataria de la decisión o de los datos personales de una persona física, la autoridad competente considere que la publicación de tales datos es desproporcionada, o cuando dicha publicación ponga en peligro una investigación en curso o la estabilidad de los mercados financieros, dicha autoridad competente adoptará cualquiera de las medidas siguientes:

(...) b) publicar la decisión de manera anónima (...).

c) no publicar en modo alguno la decisión (...).”

Nos encontramos, sin embargo, con que la LMV (y el TRLMV) contemplan la publicación de las sanciones por infracciones graves o muy graves como algo automático, no condicionado (como exigen las normas comunitarias) a un juicio emitido por la autoridad competente acerca de la proporcionalidad de la propia publicación (juicio que sería susceptible, por supuesto, de impugnación judicial).

Tanto la Directiva como el Reglamento exigen ese control de proporcionalidad. Esa forma de regular la publicación de las sanciones (de forma automática, obligada) es, por tanto, contraria a la Directiva y al Reglamento, lo que determina, en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario, la imposibilidad de aplicar el artículo 304 del TRLMV y la ilegalidad de la resolución que se recurre en alzada en el apartado concreto que se refiere a la publicación.

7.2.- La cuestión que suscita el demandante en torno a la naturaleza de la publicación y su carácter aflictivo o sancionador ya ha sido tratada y resuelta a través de un recurso de casación para unificación de doctrina, que nos vincula, en la sentencia de 21 de julio de 2009 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 21 julio 2009, Rec. 507/2008). En ella se descarta que estas medidas de publicidad de las sanciones, que fueron introducidas en la LMV a través de Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero tengan la naturaleza de una sanción pese a su carácter aflictivo y disuasorio. Por lo tanto, no puede aplicarse a esta medida de difusión e información el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos individuales, ni tampoco cabe achacar al acto que ordena la publicación un defecto de procedimiento. En efecto, la publicación en el BOE es una consecuencia de la sanción, y como tal no requiere otra cosa que aparecer expresamente prevista en la norma, por exigencias de la seguridad jurídica (artículo 9.3 CE), y en el plano de la aplicación de la norma la firmeza y ejecutoriedad de la sanción, tal y como ha sucedido en este caso.

La sentencia indicada expresa en este sentido que: *“es acertado, razonable y equilibrado el criterio de la sentencia de contraste, en cuanto que, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, determina la plena aplicación de la cláusula de publicación de las sanciones por infracciones graves en el Boletín Oficial del Estado una vez sean firmes en vía administrativa contemplada en el artículo 103 de la Ley del Mercado de*

Valores, en la redacción debida a la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, a aquellas resoluciones sancionadoras adoptadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores tras la entrada en vigor de la referida reforma de la Ley 24/1988, de 28 de julio, puesto que no contradice el principio de tempus regit actum, ya que se trata de un supuesto de retroactividad impropia, o de mera retrospectión o de retroconexión, en la medida en que incide en situaciones jurídicas infractoras no sancionadas, y por ello actuales, no concluidas, ni consumadas ni agotadas, sometidas al Derecho público, que resulta justificada por ser conforme a los imperativos y postulados de publicidad que rige el Derecho bursátil, y por satisfacer las exigencias del principio de seguridad jurídica, que no se incardina en el ámbito prohibido de la retroactividad de la norma sancionadora no favorable o in malam partem, que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución, al no poder equipararse el reforzamiento de la difusión de la actividad inspectora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores con la idea de sanción, pues tiene un fundamento autónomo en la obligación de información que compete a este órgano regulador.

Esta aplicación retroactiva de la cláusula de publicidad establecida en el artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores no es contraria al principio de irretroactividad de las disposiciones restrictivas de derechos individuales (art. 9.3 CE), pues, aunque pueda considerarse en abstracto que tiene un componente aflictivo o de gravamen, la prohibición de la retroactividad que se impone al legislador y a los tribunales de justicia no comprende todos los derechos, ni siquiera los derechos adquiridos, sino que se refiere únicamente a las limitaciones introducidas en el ámbito de los derechos fundamentales y de las libertades públicas o en la esfera general de protección de la persona (STC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3) y a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio de la persona, en virtud de relaciones consagradas y situaciones agotadas, y no a los pendientes, futuros, condicionados o consistentes en expectativas (SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9)".

La publicación, tal y como está contemplada en el artículo 304 LMV ("Las sanciones por infracciones muy graves y graves serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» una vez que sean firmes en la vía administrativa"), no comporta una sanción ya que no es sino un medio de difusión, destinado a ofrecer información relevante acerca del mercado y, en particular, en relación al abuso de mercado y uso de información privilegiada.

Por lo tanto, deben decaer los motivos planteados referentes a la ausencia de procedimiento y aplicación retroactiva de las normas sancionadoras, puesto que el artículo 304 no contiene una sanción, ni comporta una medida de tal naturaleza en función de su contenido o gravedad.

7.3.- Por lo que respecta a la contrariedad de la norma del artículo 304 LMV con la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, debido al automatismo del precepto, tampoco cabe acoger el motivo, conforme ya se ha puesto de manifiesto en el precedente que cita la recurrente.

7.3.1.- La Sala ha contemplado el motivo en la sentencia de 23 de marzo de 2007, rechazando el automatismo que denuncia, en virtud de las medidas cautelares que posibilita nuestro ordenamiento jurídico. En efecto, tanto en vía administrativa como en sede judicial se ha previsto la suspensión de la ejecución, con carácter general. Lo que significa que en vía administrativa, con ocasión de cualquier recurso, podrá solicitarse o acordarse de oficio la no ejecución de la publicación de la sanción al amparo del artículo 111.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las

Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (hoy 117.2 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas), y que tal medida puede prolongarse en vía jurisdiccional al amparo del artículo 111.4 párrafo tercero de la Ley 30/1992 (artículo 117.4 tercero Ley 39/2015) y 130 de la LJCA. De modo que pueden ponderarse los intereses en conflicto y la proporcionalidad de la medida para asegurar los fines perseguidos por la norma. La sentencia citada expresa lo siguiente:

“TERCERO.- Cuestiona la parte actora la adecuación a la CE del último párrafo del artículo 102 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), que establece que “...las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» una vez sean firmes en vía administrativa...”. En opinión de la parte actora, el precepto citado infringe la CE porque la publicación procede en todos los casos, sin posibilidad de modulación alguna, lo que infringe el principio de proporcionalidad, y porque afecta de manera directa e inmediata al crédito del recurrente.

La publicación de las sanciones en el BOE carece de la automaticidad que le atribuye la parte actora, pues como cualquier acto administrativo, está sujeto al régimen de impugnación jurisdiccional y al correlativo de medidas cautelares, de forma que en caso de que el recurrente considere que la publicación de la sanción puede causarle perjuicio en el derecho al honor, como alega en el presente recurso, puede solicitar la medida cautelar de suspensión de la publicación, de conformidad con los artículos 129 y siguientes LJCA, lo que significa que tal publicación no se produce de forma automática, sino tras la ponderación por un Tribunal de los intereses en conflicto para decidir sobre la publicación de la sanción.

Así sucedió en el presente caso, en el que esta misma Sala tras ponderar los intereses en conflicto, indicó en el auto de 26 de julio de 2005, dictado en la pieza separada de medidas cautelares, que estimaba más necesitado de protección el interés de seguridad de los inversores que la reputación pública de la sociedad recurrente. Dicho auto fue consentido por la sociedad recurrente, que no interpuso contra el mismo recurso de súplica.

Además de lo anterior, la adecuación a la CE de la publicación de las sanciones en los casos establecidos por la LMV aparece avalada por la numerosísima jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en recursos en los que se solicita la suspensión de la publicación en el BOE de las sanciones impuestas con arreglo a la LMV y otras normas, como el artículo 18.1 de la ley 19/1988, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, artículo 27.5 de la ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, 46.5 de la ley 16/1989 y artículo 46.5 de 17 de julio, de Defensa de la Competencia” (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 6ª, Sentencia de 23 marzo 2007, Rec. 222/2005).

Esto es precisamente lo sucedido en este caso, ya que mediante Auto de 4 de octubre de 2017 y 28 de julio de 2017 dictados en la pieza separada de suspensión de este procedimiento, se denegó la suspensión de la ejecución, recordando que la publicación de la sanción no es propiamente una sanción, sino una consecuencia de la misma, que tiene lugar con el fin de dar a conocer al mercado la infracción y preservar la transparencia e integridad del mercado. Este es el interés preponderante, en tanto que tiene en cuenta los principios con arreglo a los que ha de funcionar un mercado financiero eficiente y transparente, en el que los inversores confían en la integridad de la información que proporciona a todos ellos.

7.3.2.- La norma que se cuestiona no recoge de forma literal el contenido de la Directiva, pero no podemos obviar que este instrumento normativo pretende la armonización de las legislaciones de los Estado, imponiendo una obligación de

resultado que puede ser conseguida mediante la elección de los mecanismos normativos idóneos (artículo 288 TFUE). De ahí que pueda considerarse que las opciones que permite la Directiva, pueden conseguirse en el marco de la legislación española mediante la aplicación del conjunto de normas que hemos relacionado.

No podemos desconocer que estas normas tienen una finalidad específica, que se recuerda nuevamente en el Reglamento (UE) nº 596/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre el abuso de mercado (Reglamento sobre abuso de mercado) y por el que se derogan la Directiva 2003/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, y las Directivas 2003/124/CE, 2003/125/CE y 2004/72/CE, cuyo apartado (73) dice textualmente: "Con objeto de asegurar que las decisiones adoptadas por las autoridades competentes tienen un efecto disuasorio en el público, por lo general deben publicarse. La publicación de las decisiones es asimismo una herramienta importante para que las autoridades competentes informen a los participantes en el mercado sobre las conductas que se considera que constituyen una infracción del presente Reglamento, así como para promover conductas más adecuadas entre los participantes en el mercado. Si dicha publicación causa un daño desproporcionado a las personas implicadas y pone en peligro la estabilidad de los mercados financieros o una investigación en curso, las autoridades competentes deben publicar las sanciones administrativas y otras medidas administrativas de forma anónima, con arreglo al Derecho interno, o aplazar su publicación. Las autoridades competentes deben tener la opción de no publicar las sanciones y las otras medidas administrativas cuando se considere que su publicación anónima o diferida es insuficiente para asegurar que no se pone en peligro la estabilidad de los mercados financieros. Tampoco se puede exigir a las autoridades competentes que publiquen aquellas medidas que se consideren de naturaleza menor y cuya publicación tuviera consecuencias desproporcionadas".

Este Reglamento, que es una norma de aplicación directa y obligatoria en todos sus elementos, deroga la Directiva con objeto de profundizar en el régimen allí establecido. Diseña un régimen uniforme que no precisa transposición con el riesgo de soluciones diferentes entre los Estados miembros. No estaba en vigor en el momento de la infracción, ya que las disposiciones relativas a la publicación de sanciones (artículo 30 Rto.) no desplegaron su eficacia en el tiempo hasta el 16 de julio de 2016 (artículo 39.4 del Reglamento (UE) nº 596/2014), y la sanción es de 18 de mayo de 2016, pero nos permite identificar su finalidad, los intereses que pretende tutelar y los supuestos de suspensión que contempla, en línea con la legislación que deroga.

Desde esta perspectiva resulta que en el caso concreto en el que nos encontramos, la demandante bien pudo con ocasión de su recurso en vía administrativa solicitar la medida de suspensión, como posteriormente lo hizo en vía judicial, donde se desestimó la pretensión, al considerar que los daños que pudiera provocar la publicación no eran irreparables, y desde luego no podían anteponerse a los intereses públicos que pretende garantizar la publicación. En definitiva, en el caso del demandante nuestro marco normativo ha permitido una ponderación razonada de la proporcionalidad de la publicación, y la consideración de que este tipo de medidas no causan daños irreversibles, o desproporcionados. Así, en el Auto de 28 de julio de 2017 se razonaba que *"Hemos descartado en casos semejantes sobre esta misma cuestión que la mera publicación de los acuerdos sancionadores tenga, de suyo, el carácter irreversible que propiciaría la adopción de la medida cautelar para no privar de sentido al proceso mismo: la publicación de un eventual fallo estimatorio en el fondo, o la mención de que la sanción impuesta es susceptible aún de recurso jurisdiccional, bastan para impedir esos pretendidos"*

efectos irreversibles (doctrina que se ha reiterado por el Tribunal Supremo en reiteradas ocasiones – así, Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Auto de 2 Octubre 2015, Rec. 1003/2015, que cita el recurrente-.

7.3.3.- Al hilo de lo anterior, la Sala ya puso de manifiesto que la publicación no tenía carácter y naturaleza de sanción, porque no había sido considerada como tal, sino como un medio de información y de prevención a fin de conducir las conductas de los operadores del mercado. Por esta misma razón resulta que las alegaciones de la demandante referente a la ausencia de procedimiento específico para la imposición de la sanción deben decaer, porque la publicación deriva de la sanción legalmente impuesta en un procedimiento previo, y solo tiene lugar cuando es ejecutiva en los términos que hemos indicado. Por lo tanto, no cabe acoger el motivo que denuncia una vulneración del procedimiento.

OCTAVO.- Vulneración de la legislación sobre protección de datos como consecuencia de que la sanción se publique en el BOE y no solo el Registro de la CNMV.

8.1.- La publicación de las sanciones – alega la demandante- como consecuencia de infracciones graves y muy graves con fundamento en el artículo 304 del TRLMV, tal y como ha sido aplicada en la resolución administrativa, infringe el derecho fundamental a la protección de datos reconocido en el artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE y en el artículo 16.1 del TFUE, y desarrollado en la Directiva 95/46 (derogada por el Reglamento 2016/679, que entrará en vigor el 25 de mayo de 2018). Y también se infringe el Reglamento 596/2014, que ya estaba en vigor en el momento de la publicación de la sanción en el BOE, y que viene a concretar las exigencias de la protección de datos en este ámbito.

Así, la publicación prevista en el artículo 304 TRLMV incumple la exigencia de temporalidad derivada de normas comunitarias y estatales. Por lo que respecta a las normas españolas, es necesario mencionar el artículo 4 de la LO 15/1999, con su exigencia de proporcionalidad y limitación en el tratamiento de los datos, que se incumple cuando se efectúa un tratamiento (publicación en el BOE) que supone que los datos se sitúan fuera del control de su titular de forma ilimitada en el tiempo y sin restricción alguna de acceso.

8.2.- El artículo 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE dispone que “1. *Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que le conciernan.*

2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación.

3. El respeto de estas normas estará sujeto al control de una autoridad independiente”.

El Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) prevé en el artículo 86 el “Tratamiento y acceso del público a documentos oficiales”, posibilitando su difusión: “Los datos personales de documentos oficiales en posesión de alguna autoridad pública

o un organismo público o una entidad privada para la realización de una misión en interés público podrán ser comunicados por dicha autoridad, organismo o entidad de conformidad con el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se les aplique a fin de conciliar el acceso del público a documentos oficiales con el derecho a la protección de los datos personales en virtud del presente Reglamento”.

Igualmente, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal prevé el tratamiento de datos de carácter personal mediante ficheros, y otorga determinada protección a su titular, fundamentalmente en relación a la recogida de los datos y su circulación. Sin embargo, este derecho no queda comprometido como consecuencia de la publicación de la sanción en una fuente accesible al público (BOE en este supuesto), en tanto que la publicación no entraña recogida y tratamiento de datos personales para su incorporación a un fichero organizado.

Las quejas que plantea el demandante se encaminan más bien a reclamar el poder hacer uso del llamado “derecho al olvido”, en línea con la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Gran Sala, de 13 mayo 2014, C-131/2012, en la que se determina el alcance de la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda en Internet –Google- y de los derechos de los interesados, en particular, el derecho del interesado en defensa de su privacidad, a solicitar que se suprima una información relativa a su persona vinculada a su nombre por una lista de resultados.

Este derecho ha quedado incorporado recientemente a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (BOE 6 de diciembre) que consagra en el artículo 93 el “Derecho al olvido en búsquedas de Internet”, otorgando a toda persona el “derecho a que los motores de búsqueda en Internet eliminen de las listas de resultados que se obtuvieran tras una búsqueda efectuada a partir de su nombre los enlaces publicados que contuvieran información relativa a esa persona cuando fuesen inadecuados, inexactos, no pertinentes, no actualizados o excesivos o hubieren devenido como tales por el transcurso del tiempo, teniendo en cuenta los fines para los que se recogieron o trataron, el tiempo transcurrido y la naturaleza e interés público de la información. (...)”. Esta Ley Orgánica, que entró en vigor el 7 de diciembre de 2018 (DA 16ª de la LO 3/2018), viene a consagrar un derecho cuyos contornos habían quedado configurados por vía jurisprudencial, y permite que los inconvenientes que, de cara a la privacidad, puede implicar la publicidad en el BOE queden mitigados a través del ejercicio de este derecho.

8.3.- El demandante recuerda que el capítulo IX del Título VIII introducido por el apartado noventa del artículo único del R.D.-ley 14/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el R.D. Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (B.O.E. 29 septiembre), contempla la publicidad de la sanción en el BOE (artículo 313 *quater*), previo juicio de ponderación y proporcionalidad junto a otras medidas que aseguran el anonimato, y junto a ella la publicidad de la sanción en la web de la CNMV, sujetando esta última a medidas de temporalidad (artículo 313 *ter* TRLMV). La regulación nueva se basa precisamente en la diferencia que hemos apuntado; a saber, la web permite un tratamiento de datos que se sujeta a determinadas limitaciones, pero por el contrario, la publicación en periódicos oficiales no se identifica con un tratamiento de datos sino con una difusión de información relevante en los mercados financieros, en aras a procurar la integridad del mercado y la información de conductas que legalmente constituyen abuso de mercado

y tienen entidad para distorsionar un mercado competitivo en el que los operadores se encuentran en condiciones de igualdad. Se trata, en suma, de medidas distintas que tienen soluciones diversas en orden a procurar y permitir el "olvido" de la información publicada, pero no cabe considerar que estas medidas, atendidos los motivos planteados, comporten una vulneración de normas legales.

NOVENO.- Costas.-

Debe desestimarse el recurso, con condena en las costas causadas, de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la LJCA, en la redacción dada por Ley 37/2011.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **DON RAB**, contra la Resolución de 19 de abril de 2017 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, por delegación del Ministro, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de **casación** que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo **depósito** para recurrir, en el plazo de en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito en el que deberá la concurrencia de los requisitos legales establecidos en el artículo 89.2 de la LJCA.

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.