

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE OCTUBRE DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera

Recurso n°: 2991/2019
Ponente: D. Fernando Román García
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 12 de febrero de 2019.
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 4 de octubre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- D. RAB interpuso, ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, recurso contencioso-administrativo contra la resolución de 19 de abril de 2017 del subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por el delegación del ministro, por la se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de 18 de mayo de 2016 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), por la que se acuerda: «Imponer a D. 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 Sociedad Anónima Damm, SA el 7 de agosto de 2014, disponiendo de información privilegiada sobre esta sociedad, una multa por importe de 30.000 euros (treinta mil euros)».

Tramitado el recurso por la Sección Tercera de la citada Sala con el número 482/2017, la Sala de instancia lo desestimó por sentencia de 12 de febrero de 2019.

En lo que a este recurso de casación interesa, la sentencia, respecto de la invocada infracción del principio de aplicación retroactiva de las normas sancionadoras más favorables en relación con el artículo 302 del TRLMC, que suprime para la infracción objeto del recurso la exigencia de que la sanción tenga un importe mínimo de 30.000 euros, considera que no estamos ante un problema de retroactividad de la norma más favorable, sino que estamos ante un error patente en la elaboración de los textos legales, no habiéndose llevado a cabo la delegación técnica de refundición en la forma que se pretendía, y que «Lo acaecido es que la sanción prevista en la versión original ha dejado de reflejarse, en la forma en que 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 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 (...)».

Respecto de la publicación de las sanciones en el BOE, la sentencia razona que sobre la naturaleza de la publicación y su carácter aflictivo o sancionador ya ha sido tratada a través de la STS de 21 de julio de 2009 (recurso de casación para la unificación de doctrina n.º 507/2008), en la que se descarta que estas medidas tengan la naturaleza de una sanción pese a su carácter aflictivo y disuasorio. Añade que la publicación, tal y como está contemplada en el artículo 304 LMV, 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. Y por lo que respecta a la invocada 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, la sentencia considera que no existe tal automatismo, pues tanto en vía administrativa como en sede judicial se ha previsto la suspensión de la ejecución, con carácter general, lo que significa que pueden ponderarse los intereses en conflicto y la proporcionalidad de la medida para asegurar los fines perseguidos por la norma.

Por último, y en relación con la invocada vulneración de la legislación sobre protección de datos como consecuencia de que la sanción se publique en el BOE, la sentencia considera que las quejas del recurrente se encaminan más bien a reclamar el poder hacer uso del llamado "derecho al olvido", derecho que ha quedado incorporado a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, 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.

SEGUNDO.- Notificada la sentencia a las partes personadas, la representación procesal del recurrente D. RAB ha preparado recurso de casación contra la misma. Denuncia las siguientes infracciones:

(i) Artículo 14.4 de la Directiva 2003/6/CE, de 28 de enero, sobre las operaciones con información privilegiada y la manipulación del mercado, y del artículo 34.1 del Reglamento 596/2014, de 16 de abril, sobre el abuso de mercado. Alega que la sentencia vulnera estos dos preceptos porque considera conforme a Derecho que la CNMV haya publicado en el BOE la sanción impuesta a su representado de forma automática, es decir, sin examinar previamente si la publicación puede causar un daño desproporcionado al infractor. Añade que las normas europeas sólo contemplan la publicación de las sanciones impuestas por infracciones de la legislación sobre mercados de valores en la medida en que la publicación no es automática ni incondicional, sino que existe la posibilidad de prescindir de ella si la Administración estima que no es necesaria o puede causar daños desproporcionados, y ello frente a la norma española que se aplicó al recurrente, que prevé la publicación automática, infringiendo el principio de proporcionalidad. Considera que concurre el supuesto de interés casacional del artículo 88.2.f) LJCA, además de las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo.

(ii) Infracción del principio de proporcionalidad de las sanciones –artículos 29.3 de la Ley 40/2015 y 131.1 de la Ley 30/1992, como consecuencia de que no se reconoce que la publicación de la sanción constituye una medida sancionadora en sí misma, lo que habría obligado a la Administración a plantearse si en el caso concreto la publicación era adecuada a todas las circunstancias del caso, y a motivar en la resolución la decisión adoptada al respecto. Sobre esta cuestión considera que concurren los supuestos de interés casacional del artículo 88.2.c) LJCA, y de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo.

(iv) Artículo 8.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, artículo 16.1 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), y artículo 4.5 de la Ley Orgánica 15/1999. Alega que la infracción se produce porque la sanción se ha publicado en el BOE, que, a diferencia de la publicación en una página web, no está sometida a plazo.

Considera que concurren los supuestos de interés casacional de las letras d) y f) del apartado 2 del artículo 88 LJCA, y de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo.

(v) Artículo 25.1 CE y artículo 128.2 de la Ley 30/1992 (actual artículo 26.2 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público). Alega que la sentencia infringe el principio de aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras más favorables, al no haber aplicado, so pretexto de que se trataba de un error en la refundición, el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, que era más favorable que la Ley del Mercado de Valores. Añade que un tribunal no puede inaplicar un precepto de un texto refundido sin utilizar alguno de los mecanismos jurídicos previstos para el control de las normas con rango de ley inconstitucionales. Considera que concurren los supuestos de interés casacional de la letra b) del apartado 2 del artículo 88 LJCA, y de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 29 de abril de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala el recurrente D. RAB, representado por la procuradora D.^a IJC, y, como parte recurrida, la Abogacía del Estado, quien, con ocasión al trámite conferido para la personación, ha manifestado su oposición a la admisión del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Como ha quedado expuesto en los hechos de esta resolución, el recurrente invoca, para razonar la concurrencia del interés casacional, además de las letras b), c), d) y f) del apartado 2 del artículo 88 LJCA, las presunciones de las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo.

No obstante, en relación con las citadas presunciones, hemos manifestado ya en diversas ocasiones –entre otros, en los autos de 10 de abril de 2017 (RRCA 225/2017 y 227/2017)- que no se trata de unas presunciones de carácter absoluto pues el propio artículo 88.3 LJCA, *in fine*, permite inadmitir (mediante «*auto motivado*») los recursos inicialmente beneficiados por las mismas cuando este Tribunal Supremo «aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Carencia de interés casacional objetivo que, como hemos puntualizado ya en diversas ocasiones, ha de ser manifiesta; esto es, claramente apreciable, sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso en relación con el asunto planteado por la parte en el escrito de preparación.

Y esto último es, precisamente, lo que acontece en este caso, como razonaremos a continuación.

SEGUNDO.- En efecto, en relación con la cuestión referida a la contrariedad del artículo 304 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, con la normativa europea debido al automatismo de la publicación de la sanción en el BOE, debe señalarse, como pone de manifiesto el abogado del Estado en su escrito de oposición a la admisión a trámite del recurso de casación, que el artículo 313 quarter del citado texto refundido, añadido por el artículo 90 del Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, establece: «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, siendo también aplicable a esta publicación lo dispuesto en el artículo 313 ter.2 y 3». Por su parte, el artículo 313 ter.2 y 3, también añadido por el artículo 90 del Real Decreto-ley 14/2018, establece: «2. La publicación deberá incluir, por lo menos, información sobre el tipo y la naturaleza de la infracción y la identidad de las personas responsables de la misma. 3. En relación con lo previsto en el apartado anterior, excepcionalmente, cuando la CNMV considere que la publicación de la identidad de la persona jurídica destinataria de la sanción o de los datos personales de la persona física sancionada, pudiera ser desproporcionada o pudiera causar un daño desproporcionado a las entidades o personas físicas sancionadas, en la medida en que se pueda determinar el daño, o que dicha publicación pueda poner en peligro una investigación en curso o la estabilidad de los mercados financieros, podrá acordar cualquiera de las medidas siguientes: a) Retrasar la publicación hasta el momento en que dejen de existir los motivos que justifiquen tal retraso, b) publicar la sanción impuesta de manera anónima, cuando dicha publicación garantice la protección efectiva de los datos personales de que se trate. En este caso, la publicación de los datos pertinentes podrá aplazarse por un periodo razonable de tiempo si se prevé que en el transcurso de ese periodo dejarán de existir las razones que justifiquen una publicación con protección del anonimato; o c) no publicar en modo alguno la sanción impuesta cuando considere que dicha publicación de conformidad con las letras a) y b) sería insuficiente para garantizar: 1.º Que no se ponga en peligro la estabilidad de los mercados financieros, o 2.º la proporcionalidad de la publicación en comparación con medidas que se consideran de menor importancia».

Esto es, el Real Decreto-ley 14/2018, de 28 de septiembre, ha dado una nueva regulación a la cuestión de la publicación de las sanciones en el BOE, prescindiendo del automatismo con que se regulaba en el artículo 304 del Real Decreto Legislativo 4/2015, e introduciendo criterios de proporcionalidad para poder prescindir de dicha publicación, lo que supone que la cuestión suscitada por la parte recurrente carezca de virtualidad expansiva, por suscitarse en relación con una norma que, en relación con la cuestión planteada, ha sido modificada.

TERCERO.- Por otra parte, en relación con el principio de aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras más favorables, existe suficiente doctrina constitucional y jurisprudencia de esta Sala, por lo que la admisión del recurso sobre esta cuestión únicamente supondría la aplicación de la indicada jurisprudencia y doctrina constitucional al caso concreto aquí planteado.

Es cierto que, para desarrollar esta cuestión, la parte recurrente se refiere a la imposibilidad de que un tribunal inaplique un precepto de un texto refundido sin utilizar alguno de los mecanismos jurídicos previstos para el control de las normas con rango de ley inconstitucionales; pero también es cierto que la parte no cita ningún precepto legal

o constitucional que discipline esos mecanismos para el control de las normas con rango de ley, pues las únicas normas que cita como infringidas se refieren a la aplicación retroactiva de las disposiciones sancionadoras más favorables.

CUARTO.- Por último, y en relación con la falta de sometimiento a plazo de la publicación de la sanción en el BOE, no basta para que concurra la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, la invocación retórica de unos preceptos y la mera afirmación de que sobre los mismos no existe jurisprudencia. Por otra parte, y en relación con los supuestos de interés casacional del artículo 88.2.d) y f) LJCA, tampoco la argumentación desplegada sería suficiente para tener cumplidas las exigencias del artículo 89.2.f) LJCA, al limitarse a citar los supuestos, sin añadir nada más para justificar su concurrencia, más allá de afirmar la oposición del artículo 304 del Real Decreto Legislativo 4/2015 a la Constitución y al Derecho europeo.

QUINTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso y, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1, párrafo primero de la Ley de esta Jurisdicción, la inadmisión debe comportar la imposición de las costas a la parte recurrente. La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros (2.000 €) la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer al abogado del Estado, más IVA si procediere.

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 2991/2019 preparado por la representación procesal de D. RAB contra la sentencia de 12 de febrero de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 482/2017, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último razonamiento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.