

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE MARZO DE 2016

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 2168/2013
Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 22 de mayo de 2013
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a siete de Marzo de dos mil dieciséis.

La Sala Constituida por los Excmos. Sres. Magistrados y la Excma. Sra. Magistrada relacionados al margen ha visto el presente recurso de casación con el número 2168/2013 que ante la misma pende de resolución, interpuesto por el Procurador de los Tribunales don RRM en nombre y representación de Sebroker Agencia de Valores, S.A., contra sentencia de fecha 22 de mayo de 2013 dictada en el recurso 382/2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional. Siendo parte recurrida El Abogado del Estado en la representación que ostenta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia recurrida contiene parte dispositiva del siguiente tenor:

"FALLAMOS.-

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SEBROKER BOLSA AGENCIA DE VALORES SA., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 16 de abril de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, la representación procesal de Sebroker Bolsa Agencia de Valores SA., presentó escrito ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional preparando el recurso de casación contra la misma. Por diligencia de ordenación la Sala tuvo por preparado en tiempo y forma el recurso de casación, emplazando a las partes para que comparecieran ante el Tribunal Supremo.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones ante este Tribunal, el representante legal de la entidad "SEBROKER AGENCIA DE VALORES SA" y de don CMM, interpusieron sendos recursos de casación contra la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2013 (rec. 382/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de abril de 2010 por la que se denegó la solicitud de aprobación del programa de retorno al cumplimiento del nivel mínimo de recursos propios exigibles que constaba en el escrito presentado por la entidad el 18 de diciembre de 2009.

Inadmitido el recurso de casación interpuesto por don CMM por Auto de la Sección Primera de esta Sala de 3 de abril de 2014, tan solo subsiste el recurso de casación planteado por "SEBROKER AGENCIA DE VALORES SA" fundado en los siguientes motivos de casación:

1º El primer motivo fue inadmitido por el Auto de 3 de abril de 2014.

2º El segundo motivo denuncia la nulidad de la resolución de la CNMV de 12 de marzo de 2010 por falta de motivación, exigida por el artículo 54. b) de la LRJPAC, para los actos que resuelvan recursos administrativos por lo que procede la anulabilidad al carecer de los requisitos formales dando lugar a indefensión, y pese a que la sentencia admite esta falta de motivación del acto no considera que la resolución debe ser anulada. Falta de motivación que se pretende subsanar al resolver el recurso de reposición acompañando la propuesta de la resolución en la que se ha fundado la decisión del Vicepresidente, que se admite como válida en la sentencia impugnada.

3º El tercer motivo alega la nulidad de la resolución de la CNMV por "*ausencia de motivación. Autorización del plan de retorno al cumplimiento de los recursos mínimos por silencio administrativo positivo*".

Alega la previsión contenida en el art. 11.3 del RD 216/2008 de 15 de febrero en su apartado segundo en virtud de la cual el programa presentado se entenderá aprobado si a los tres meses de su presentación a la Comisión Nacional de Mercado de Valores no se hubiera producido resolución expresa. Y entiende como hecho probado y no controvertido que en fecha 18 de diciembre de 2009 SEBROKER presentó ante la CNMV el programa de retorno al cumplimiento de los recursos mínimos exigibles y al cabo de tres meses (el 18 de marzo de 2010) no se había realizado notificación alguna a dicha entidad, por lo que, a su juicio, el programa presentado se habría admitido por silencio positivo.

La sentencia de instancia afirma respecto de este extremo que la resolución se intentó notificar el 15 de marzo de 2010, hecho que niega la parte recurrente. Y considera como una prueba de que no existió dicho intento de notificación el hecho de que posteriormente se notificase dicha resolución el 29 de marzo de 2010, restando validez a la diligencia levantada por los interventores de la CNMV en la que afirma que el Presidente de la compañía no quiso recibir la notificación. Y aun cuando se considerase como válido dicho intento de notificación, debe considerarse una resolución incompleta carente de motivación, que solo se aportó con la resolución del recurso de reposición.

4º El cuarto motivo denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia al no entrar a resolver la cuestión litigiosa planteada, pues se limita a transcribir la sentencia dicha por dicha sala de 22 de octubre de 2010 sobre la revocación de la autorización a SEBROKER, afirmando que el objeto del recurso guarda estrecha relación con otros dos Acuerdos de la CNMV referidos a la suspensión de la actividad y la revocación de la licencia, sin apercibirse que la denegación del plan de retorno

presentado es anterior sin que puedan aplicarse a unos hechos anteriores los mismos argumentos de la resolución de estos posteriores basados en circunstancias distintas. Pues la denegación del Plan presentado el 18 de diciembre de 2009 no fue motivada hasta el 16 de abril de 2010 y en el interim aprovechando la difícil situación económica que atravesaba SEBROKER se suspendió la actividad de la misma y posteriormente se acordó la revocación de la licencia. Una de las causas por la que se denegó el programa de retorno es que el 5 de marzo de 2010 la Agencia comunicó la presentación de su solicitud de concurso voluntario y considera que de no haberse retrasado la CNMV en aprobar el plan de retorno presentado no habría sido necesario suspender la actividad ni se hubiera revocado la licencia, pero la situación de la empresa no era la misma cuando se presentó el Plan de retorno que cuando se suspendió su actividad.

5º Finalmente considera que el Plan de retorno presentado por SEBROKER a la CNMV reunía los requisitos exigidos por el artículo 113 del Real Decreto 216/08, pues puso en conocimiento de la CNMV su situación de incumplimiento de los niveles mínimos de recursos propios y presentó un plan en el que especificaba las causas del incumplimiento y las medidas a adoptar para el retorno al cumplimiento, Plan que fue directamente denegado por resolución de 12 de marzo de 2010, sin mayor estudio o propuesta de modificación y sin haber mantenido reunión alguna con el solicitante.

Y suplicando a la Sala: *"[...] se dicte sentencia estimándolo, casando la sentencia recurrida, estime la demanda formulada por SEBROKER BOLSA AGENCIA DE VALORES, S.A., con imposición de costas a la demandada"*.

CUARTO.- Teniendo por interpuesto y admitido el recurso de casación por esta Sala, se emplazó a la parte recurrida para que en el plazo de treinta días, formalizara escrito de oposición, lo que realizó, oponiéndose al recurso de casación y suplicando a la Sala: *"[...] dicte sentencia por la que lo desestime con confirmación de la sentencia recurrida"*.

QUINTO.- Evacuado dicho trámite, se dieron por conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo la audiencia el día 23 de febrero de 2016, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **DIEGO CÓRDOBA CASTROVERDE**, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La entidad "SEBROKER AGENCIA DE VALORES SA" interpone recurso de casación contra la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la

Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2013 (rec. 382/2013) por la que se desestimó el recurso interpuesto por dicha entidad contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 16 de abril de 2010 por la que se denegó la solicitud de aprobación del programa de retorno al cumplimiento del nivel mínimo de recursos propios exigibles que constaba en el escrito presentado por la entidad el 18 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.- Silencio administrativo positivo.

El adecuado análisis del recurso de casación exige alterar el orden de los motivos planteados, comenzando por el tercer motivo de casación. En él, sin especificar el apartado del artículo 88.1 de la LJ en virtud del cual se plantea, lo titula *"Ausencia de motivación. Autorización del plan de retorno al cumplimiento de los recursos mínimos por silencio administrativo positivo"*.

El planteamiento de este motivo es confuso, pues la referencia a la *"ausencia de motivación"* induce a pensar que el reproche que se dirige a la sentencia de instancia es su falta de motivación, lo cual constituiría un *vicio in procedendo*, mientras que el desarrollo argumental del motivo se centra en la infracción del art. 11.3 apartado segundo del R.D 216/2008 de 15 de febrero que prevé que el programa presentado se entenderá aprobado si a los tres meses de su presentación a la Comisión Nacional de Mercado de Valores no se hubiera producido resolución expresa, por lo que parece desprenderse que su queja aparece referida que la sentencia de instancia no considerase estimada por silencio administrativo positivo la aprobación del programa presentado por la agencia recurrente, lo cual implicaría un vicio *"in iudicando"*, invocable al amparo del art. 88.1.d) de la LJ. Esta defectuosa forma de plantear el motivo traslada al tribunal la duda sobre la infracción denunciada en este motivo.

En todo caso, si atendemos al núcleo central de la argumentación de este motivo, el problema se centra en determinar si debe entenderse o no estimada la aprobación del programa por el juego del silencio administrativo positivo.

A tal efecto, y según consta en la diligencia que obra en el expediente, la resolución administrativa se intentó notificar el 15 de marzo de 2010 (dentro del plazo de tres meses) al Presidente de SEBROKER Bolsa (don CMM) por dos empleados de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, el cual rechazó la comunicación al entender, según consta en la diligencia extendida por dichos empleados, que *"afecta a la situación patrimonial de la entidad y que, por tanto, corresponde al juez la recepción del mismo por estar tramitando el concurso voluntario solicitado por dicha entidad"*, negándose también a firmar dicha diligencia. A tenor de la diligencia extendida no se comprende la negación de este hecho por la parte recurrente.

El artículo 59 de la Ley 30/1992 dispone que *"Las notificaciones se practicarán por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción por el interesado o su*

representante, así como de la fecha, la identidad y el contenido del acto notificado” y en su apartado cuarto se afirma que “Cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y se tendrá por efectuado el trámite siguiéndose el procedimiento”. Preceptos de los que se desprende que el intento de notificación por funcionarios autorizados del organismo que dictó dicha resolución, dentro del plazo de tres meses, impide entender aprobado el plan por silencio positivo, y ello con independencia de entrar a conocer si la apreciación del silencio positivo resulta o no procedente en el caso que nos ocupa.

El hecho de que posteriormente se remitiese una nueva comunicación por correo ordinario con acuse de recibo, que esta vez sí fue aceptada por el señor MM, lejos de demostrar la invalidez de la primera, pone de manifiesto el intento del destinatario para que transcurriese el plazo de tres meses y así poder invocar la existencia del silencio positivo pretendido. Tampoco el pretendido defecto de motivación de la resolución impide la apreciación de la validez del intento de notificación a los efectos que nos ocupan, sin perjuicio de lo inmediatamente se dirá al respecto.

Se desestima este motivo.

TERCERO.- Falta de motivación de la resolución administrativa.

El segundo motivo de casación denuncia la nulidad de la resolución de la CNMV de 12 de marzo de 2010 por falta de motivación, exigida por el artículo 54. b) de la LRJPAC.

Aunque el recurso de casación no especifica el apartado del art. 88.1 de la LJ en que se funda, lo cual debe considerar un defectuoso planteamiento del recurso de casación, parece desprenderse de su argumentación que pretende plantearlo al amparo del art. 88.1.d) de la LJ.

La infracción no se le imputa propiamente a la sentencia sino que aparece referida a la resolución administrativa dictada por la CNMV por la que se denegó el programa de retorno presentado, pretendiendo la nulidad de la misma, lo cual vuelve a constituir un defectuoso planteamiento del recurso de casación. Como ya ha señalado este Tribunal en anteriores sentencias (en tal sentido STS, Sala Tercera, Sección Sexta, de 26 de junio de 2012, rec. 3244/2009) “[...] poniendo así de manifiesto que la crítica se dirige contra la legalidad de la actividad administrativa más que contra la sentencia recurrida, técnica procesal que resulta ajena al objeto y finalidad del recurso de casación, en el cual la crítica debe dirigirse sobre la sentencia recurrida, denunciando las eventuales infracciones jurídicas en que pudiera haber incurrido dicha sentencia, y no contra el acto impugnado, pues no es factible depurar a través del recurso de casación las irregularidades originadas en vía administrativa, pues, como extraordinario que es, las facultades del Tribunal llamado a conocer del mismo están limitadas, no correspondiéndole un conocimiento plenario del objeto del proceso, sino tan sólo el enjuiciamiento de la sentencia de instancia y no la

resolución administrativa impugnada (por todas, sentencias de 4 de marzo de 1996, 17 de julio de 2000, 13 de mayo de 2004 y 2 de diciembre de 2009)".

En todo caso, debe señalarse, tal y como acertadamente señala la sentencia de instancia, que el defecto de motivación de una resolución administrativa en la medida en que pudo generar una inicial indefensión al destinatario de dicho acto por desconocer las razones por las que se le denegó su petición y así poder combatirlas, quedó sanado, al menos por lo que a su indefensión material se refiere, desde el momento en el que al resolver el recurso de reposición tuvo conocimiento de los motivos en los que se fundaba dicha desestimación, como lo prueba el hecho de que ha podido discutirlos en sede judicial, por lo que procede confirmar en este extremo los argumentos de la sentencia de instancia.

Se desestima este motivo.

CUARTO.- Incongruencia omisiva de la sentencia.

El cuarto motivo denuncia la incongruencia omisiva de la sentencia de instancia, por entender que no entró a resolver la cuestión litigiosa planteada, al limitarse a transcribir una sentencia de esa misma Sala de 22 de octubre de 2010 referida a la revocación de la autorización a SEBROKER, afirmando que el objeto del recurso guarda estrecha relación con otros dos Acuerdos de la CNMV referidos a la suspensión de la actividad y la revocación de la licencia, sin apercibirse que la denegación del plan de retorno presentado es anterior sin que puedan aplicarse a unos hechos anteriores los mismos argumentos de la resolución de estos posteriores basados en circunstancias distintas. Pues, la denegación del Plan presentado el 18 de diciembre de 2009 no fue motivada hasta el 16 de abril de 2010 y en el "interim" aprovechando la difícil situación económica que atravesaba SEBROKER se suspendió la actividad de la misma y posteriormente se acordó la revocación de la licencia. Una de las causas por la que se denegó el programa de retorno es que el 5 de marzo de 2010 la Agencia comunicó la presentación de su solicitud de concurso voluntario y considera que de no haberse retrasado la CNMV en aprobar el plan de retorno presentado no habría sido necesario suspender la actividad ni se hubiera revocado la licencia, pero la situación de la empresa no era la misma cuando se presentó el Plan de retorno que cuando se suspendió su actividad.

La sentencia de instancia, con relación a la pretensión de la entidad recurrente de que se anulase la resolución administrativa que denegó la aprobación del programa de retorno presentado, consideró que la procedencia y viabilidad de dicho plan estaba íntimamente relacionada con dos acuerdos de la CNMV de 14 de abril de 2010 por la que se denegó el levantamiento de la suspensión solicitada y el acuerdo de fecha 7 de octubre de 2010, por el que se revocó la autorización revocación de la autorización lo cuales fueron recurridos ante dicho Tribunal y dieron lugar a sendas sentencias del mismo de 6 de junio de 2012 y de 22 de octubre de 2012.

La sentencia de instancia transcribe gran parte de los argumentos contenidos en la sentencia de 22 de octubre de 2012 en aquellos aspectos referidos a la extrema gravedad de la situación financiera de dicha empresa en relación con la indebida utilización de fondos confiados por sus clientes, la incertidumbre sobre los recursos propios de la entidad por la falta de presentación de los estados reservados de solvencia, la existencia de resultados negativos de recursos propios y la declaración judicial en concurso de acreedores. Esta situación le lleva a afirmar que quedó acreditada una manifiesta incapacidad de la Agencia para evitar la utilización indebida de los fondos de sus clientes y la insuficiencia de los fondos de las cuentas de clientes para cubrir sus posiciones, con las graves consecuencias para el sistema en su conjunto que le impedían desenvolverse con normalidad el mercado financiero, valorando finalmente la situación de concurso de acreedores de dicha empresa.

A la vista de estas consideraciones el tribunal de instancia argumenta que *"tal fundamentación es totalmente aplicable al presente caso ya que si las circunstancias concurrentes que motivaron la revocación de la autorización han sido confirmadas por esta Sala en la referida sentencia, razón de más para considerar la improcedencia de aprobar el plan de retorno, cuya denegación es el objeto del presente recurso"*.

La sentencia no incurre en una incongruencia omisiva, pues si bien utiliza como fundamento de su decisión los argumentos que empleó dicho tribunal para confirmar la procedencia de la revocación de la autorización, lo cual no constituía propiamente la decisión objeto de revisión, no cabe duda que la situación financiera de dicha empresa analizada en aquella sentencia reflejaba los problemas que tenía dicha agencia, tanto antes como después de la solicitud del programa. Tales problemas tenían, a juicio del tribunal sentenciador, una conexión directa con la viabilidad del programa presentado para seguir operando, por lo que el tribunal sentenciador consideró improcedente la aprobación de dicho plan remitiéndose a argumentos, razones y hechos que fueron analizados con motivo a la revocación de su autorización, situación que tenía origen años antes de la presentación del programa correspondiente.

Se desestima este motivo.

QUINTO.- Sobre la procedencia de aprobar el plan de retorno.

Finalmente, a juicio de la entidad recurrente, el Plan de retorno presentado a la CNMV reunía los requisitos exigidos por el artículo 113 del Real Decreto 216/08, pues puso en conocimiento de la CNMV su situación de incumplimiento de los niveles mínimos de recursos propios y presentó un plan en el que especificaba las causas del incumplimiento y las medidas a adoptar para el retorno al cumplimiento, Plan que fue directamente denegado por resolución de 12 de marzo de 2010, sin mayor estudio o propuesta de modificación y sin haber mantenido reunión alguna con el solicitante.

El artículo 113 del Real Decreto 216/2008, de 15 de febrero, de recursos propios de las entidades financieras dispone que: *"1. Cuando una entidad de servicios financieros o un grupo consolidable o un subgrupo de entidades de servicios financieros no alcancen los niveles mínimos de recursos propios establecidos en el capítulo III del presente Título, o los adicionales que sean exigidos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores de conformidad con el art. 87.bis.3.a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, deberá informar de ello con carácter inmediato la Comisión Nacional del Mercado de Valores y presentará un programa en el que se concreten los planes para retornar al cumplimiento de las normas de solvencia. El programa deberá contener, al menos, los aspectos referidos a la identificación de las causas determinantes del incumplimiento o del exceso, al plan para retornar al cumplimiento que podrá incluir la limitación al desarrollo de actividades que supongan riesgos elevados, la desinversión en activos concretos, o medidas para el aumento del nivel de recursos propios y los plazos previsibles para retornar al cumplimiento.*

2. La Comisión Nacional del Mercado de Valores aprobará dicho programa cuando lo considere adecuado pudiendo fijar medidas adicionales a las propuestas con el fin de garantizar el retorno a los niveles mínimos de recursos propios exigibles. El programa presentado se entenderá aprobado si a los tres meses de su presentación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores no se hubiera producido resolución expresa.

3. Se seguirá la misma actuación cuando se rebasen los límites establecidos en el art. 95 en cuanto a límites de grandes riesgos o por reducción sobrevenida de recursos propios computables".

La decisión de si un plan de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia, que previamente se han incumplido, es o no adecuado para garantizar el cumplimiento de los niveles mínimos de recursos propios exigibles, es una decisión de carácter técnico que corresponde adoptar a la Comisión y que no puede ser sustituida por el criterio de un tribunal respecto a la procedencia de tales medidas o para la adopción de medidas adicionales a las propuestas.

No debe olvidarse, en todo caso, que tras la presentación del plan, la Agencia Sebroker fue requerida por la CNMV (al menos en dos ocasiones, el 4 y el 23 de febrero de 2010) para aclarar o completar aspectos relacionados con el Plan de retorno relacionados con las diferencias referidas en los importes informados en los estados reservados, regularización contable del crédito fiscal y mayor información sobre la ampliación de capital, requerimientos que no fueron contestados por la Agencia. Y resulta también relevante, como afirma la resolución administrativa que la entidad *"conocía desde el 12 de febrero de 2010 que el Presidente de la CNMV le había denegado autorización de no considerar el riesgo operacional en el cómputo de los recursos propios, siendo esa autorización esencial para la aprobación del Plan de retorno"*. Unido al hecho de que no se incluyó el plazo previsible para el retorno al cumplimiento, factores todos ellos que determinaron que la CNMV no se accediese a la aprobación al plan solicitado.

Debe tomarse en consideración, finalmente, que dentro del plazo que la CNMV tenía para resolver esta petición, la Agencia solicitante había pedido su concurso voluntario. La declaración de concurso voluntario fue presentada por la empresa el 5 de marzo de 2010 fecha en la que la CNMV acordó la intervención de dicha entidad y la suspensión de su actividad con el objeto de garantizar la protección de los inversores. Esta situación de concurso voluntario, era coetánea a la presentación del programa, de hecho se produjo dentro del plazo que la Comisión disponía para resolver la viabilidad del programa presentado por lo que difícilmente puede sostenerse la viabilidad financiera de una entidad cuando ella misma ha solicitado el concurso voluntario. Esta circunstancia no era posterior ni ajena a la aprobación del programa presentado pues introducía una circunstancia relevante, que unida a las deficiencias ya detectadas en el plan presentado y que dieron lugar a varios requerimientos de información adicional, ahondaba en las dudas sobre la situación de solvencia de la empresa y, consecuentemente, sobre la eventual aprobación del plan de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia cuya autorización se pretendía.

Todo ello determina la desestimación de este motivo y consecuentemente de su recurso de casación.

SEXTO.- Costas.

Procede, por todo lo expuesto, la desestimación del recurso de casación con la preceptiva condena en costas a la parte que lo ha sostenido, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "*a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de cuatro mil euros la cantidad que, por todos los conceptos, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida, más el IVA que corresponda a la cantidad fijada.

FALLAMOS

Que, por lo expuesto, declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la entidad "*SERBROKER AGENCIA DE VALORES SA*" contra la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 22 de mayo de 2013 (rec. 382/2013) con imposición de las costas del presente recurso a la parte recurrente, en los términos fijados en el último fundamento de derecho de esta sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.