

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE MARZO DE 2019**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº.:** 29/2018  
**Ponente:** D.ª Isabel García García-Blanco  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de 20 de julio de 2017 que confirma en alzada la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 7 de diciembre de 2016  
**Fallo:** Inadmisión

Madrid, a trece de marzo de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 29/2018**, se tramita a instancia de **D. DPA**, representado por el Procurador D. MRN, y asistido por el Letrado D. JMO, contra Resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, de 20-7-2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución del Consejo de la CNMV, de 7-12-2016, por la que se impuso al recurrente una sanción de 70.000 € por infracción muy grave tipificada en la normativa sobre mercado de valores y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** La parte indicada interpuso en fecha 18/1/2018 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se sirva admitirlos y, en su virtud, se tenga por formulada **DEMANDA**, en tiempo y forma, y se sirva, tras los trámites procesales oportunos, dictar Sentencia por la que:

□ Anule las Resoluciones recurridas y las sanciones en ellas impuestas, por vulneración de los principios de tipicidad, responsabilidad y proporcionalidad.

□ Subsidiariamente, (i) reduzca las sanciones a los mínimos legalmente previstos en cumplimiento del principio de proporcionalidad y (ii) en cualquier caso aplique retroactivamente, u ordene a las Administraciones demandadas a hacerlo, el artículo 85 de la LPAC, a fin de que, tras la oportuna reducción de la sanción en aplicación del principio de proporcionalidad, se ofrezca a esta representación la posibilidad de acogerse a las reducciones acumulables establecidas en el mismo. "

**2.-** De la demanda se dió traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente proceso y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente."

**3.-** Mediante Auto de fecha 18 de mayo de 2018 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes. Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 1 de marzo de 2019 se hizo

señalamiento para votación y fallo el día 12 de marzo de 2019, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D<sup>a</sup> Isabel García García-Blanco.

## **FUNDAMENTOS JURIDICOS**

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, de 20-7-2017 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución del Consejo de la CNMV, de 7-12-2016 (expediente nº 1/2016).

En dicha resolución, en lo que interesa al particular del recurrente, se acuerda:

***"IMPONER a D. DPA, en su condición de apoderado general, ejerciendo de hecho funciones directivas, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 283.3 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, por incumplimiento de lo establecido en su artículo 185, al no contar FINANZE FÉNIX PLANIFICADORES FINANCIEROS, EAFI, S.A., con una estructura organizativa clara, adecuada y proporcionada al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes; una sanción de MULTA POR IMPORTE DE SETENTA MIL (70.000) EUROS"***

2.- El único objeto del presente recurso es la sanción al recurrente, sanción que se establece, exclusivamente, por la falta en la EAFI de una estructura organizativa con líneas de responsabilidad bien definidas y la culpabilidad del recurrente en los hechos sancionados se establece sobre la responsabilidad del mismo en dicha estructura ya que se parte de que *"tenía capacidad de decisión y ejerció efectivamente labores directivas y de gestión de los asuntos del tráfico ordinario de la compañía."*

El **art. 283.3 del TRLMV** considera infracción muy grave:

*"3. La inobservancia reiterada y grave por quienes presten servicios y actividades de inversión de las obligaciones de gobierno corporativo previstas en el artículo 182, de las obligaciones de selección y evaluación de los miembros del órgano de administración alta dirección y asimilados, previstas en el artículo 185; de los requisitos de organización previstos en el artículo 193, así como de las obligaciones en materia de prestación de servicios por medio de otra empresa de servicios de inversión prevista en el artículo 220 y de las obligaciones en materia de remuneraciones previstas en el artículo 220 bis."*

El **art. 185 del TRLMV**, en cuanto a la selección y evaluación de cargos comparativa modificaciones, viene a disponer:

*“1. Las empresas de servicios y actividades de inversión deberán velar en todo momento por el cumplimiento de los requisitos de idoneidad previstos en esta ley. A tales efectos, deberán contar, en condiciones proporcionadas al tamaño, la organización interna, carácter, escala y complejidad de sus actividades, con unidades y procedimientos internos adecuados para llevar a cabo la selección, el seguimiento y el plan de sucesión, así como la reelección en los cargos, de las personas que vayan a ocupar cargos sujetos al cumplimiento de los requisitos de idoneidad establecidos en el artículo anterior conforme a lo establecido en este artículo.*

*2. La valoración de la idoneidad de los cargos a los que hace referencia el apartado anterior se producirá tanto por la propia empresa de servicios y actividades de inversión, como por la CNMV, en los términos que se prevean reglamentariamente.*

*3. En caso de incumplimiento de los requisitos de honorabilidad, honestidad e integridad, conocimiento, competencia, experiencia, independencia de ideas y buen gobierno, la CNMV podrá:*

*a) Revocar la autorización, de modo excepcional, de acuerdo con lo previsto en el artículo 160 de esta ley.*

*b) Requerir la suspensión temporal o cese definitivo de la persona o la subsanación de las deficiencias identificadas en caso de falta de honorabilidad, honestidad e integridad, conocimientos, competencias o experiencia adecuados, independencia de ideas o de capacidad para ejercer un buen gobierno.*

*Si la empresa de servicios y actividades de inversión no procede a la ejecución de tales requerimientos en el plazo señalado por la CNMV, esta podrá acordar la suspensión temporal o el cese definitivo del cargo correspondiente, de conformidad con el procedimiento previsto en el artículo 311 de esta ley.*

*4. En todo caso, el órgano de administración deberá velar porque los procedimientos de selección de sus miembros favorezcan la diversidad de experiencias y de conocimientos, faciliten la selección de mujeres, procurando su presencia equilibrada, como miembros del órgano de administración y, en general, no adolezcan de sesgos implícitos que puedan implicar discriminación alguna.*

*Reglamentariamente se desarrollará el concepto de diversidad a los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este apartado.”*

El art. 185 BIS del TRLMV en cuanto a los criterios de interpretación de los requisitos de idoneidad:

*“1. Se considerará que concurre la honorabilidad, honestidad e integridad requerida en este título en quienes hayan venido mostrando una conducta personal, comercial y profesional que no arroje dudas sobre su capacidad para desempeñar una gestión sana y prudente de la empresa de servicios y actividades de inversión.*

*Para valorar la concurrencia de honorabilidad, honestidad e integridad deberá considerarse toda la información disponible, de acuerdo con los parámetros que se determinen reglamentariamente. En todo caso, dicha*

*información deberá incluir la relativa a la condena por la comisión de delitos o faltas y la sanción por la comisión de infracciones administrativas.*

*2. Se considerará que poseen los conocimientos, competencias y experiencia requeridos en este título para ejercer sus funciones en las empresas de servicios y actividades de inversión quienes cuenten con la formación de nivel y perfil adecuado, en particular, en las áreas de valores y servicios financieros, y experiencia práctica derivada de sus anteriores ocupaciones durante un tiempo suficiente.*

*3. Se tendrán en cuenta a efectos de valorar la disposición de los miembros del órgano de administración para ejercer un buen gobierno exigida en este título, la presencia de potenciales conflictos de interés que generen influencias indebidas de terceros y la capacidad de dedicar el tiempo suficiente para llevar a cabo las funciones correspondientes.*

*Reglamentariamente se desarrollará el concepto de tiempo suficiente a los efectos del cumplimiento de lo dispuesto en este apartado."*

En el particular de la sanción impuesta al recurrente en la resolución sancionadora se viene a señalar en cuanto a los hechos base de la misma:

*"De acuerdo con las obligaciones recogidas en la normativa anteriormente expuesta, la Entidad debía contar con "una estructura organizativa clara, adecuada y proporcionada al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes (artículo 185.1 del TRLMV), a fin de poder llevar a cabo una gestión adecuada y prudente en la prestación de los servicios de inversión. La claridad en la definición y reparto de las funciones, competencias y responsabilidades de los administradores y directivos de las empresas de Servicios de Inversión, resulta un elemento imprescindible para garantizar que su funcionamiento sea transparente y eficaz.*

*Por tal motivo, la Ley exige que el nombramiento de los cargos de administración y dirección de las ESI, cargo correspondiente, aplicando en dicha valoración, criterios de honorabilidad, experiencia y buen gobierno del candidato. Así lo dispone el artículo 158 del TRLMV.*

*Asimismo, también se impone a la propia Entidad que realice una "supervisión efectiva de la alta dirección" (letra d) del artículo 185.2 del TRLMV) y que aplique procedimientos adecuados para efectuar una selección y evaluación continua, no sólo de los administradores y directivos, sino también de las "personas que asuman funciones de control interno u ocupen puestos claves para el desarrollo diario de la actividad", como reza el artículo 183.1 del TRLMV.*

*Pues bien, en la inspección realizada a FINANZE FENIX, se constataron claras deficiencias en su estructura organizativa y muy graves incumplimientos de sus obligaciones en materia de gobierno corporativo.*

*En primer lugar, se ha de subrayar que la efectiva dirección de la Entidad se llevaba a cabo, no por los administradores mancomunados formalmente nombrados, sino por D. DP, quien pese a no formar parte del órgano de administración ni del grupo directivo de la EAFI, ejercía "de hecho" funciones que eran propias de un Director General. No obstante, dado que desde el punto de vista formal, dicha persona no se encuadró en el seno de la administración o*

*dirección de FINANZE FENIX, ni la CNMV pudo evaluar su idoneidad, ni consta que la propia Entidad realizara supervisión o control alguno a tal efecto.*

*Constan en las actuaciones inspectoras realizadas -plasmadas tanto en la Carta de Relación Hechos de fecha 3 de junio de 2015, donde se hicieron constar las irregularidades detectadas en la inspección realizada a la EAFI, como en el propio Informe razonado del que trae causa el procedimiento-, elementos que permiten considerar que la gestión y efectiva dirección de la Entidad, se llevó a cabo por parte de D. DP. Así, cabe destacar los siguientes:*

*a) En el proyecto inicial presentado por la Entidad a la CNMV el 5 de diciembre de 2008, el Sr. P figuraba como administrador único y propietario del 99,83% del capital social. Con posterioridad, en la documentación presentada el 20 de julio de 2009, dejó de aparecer como accionista y administrador.*

*b) En el proyecto de constitución como EAFI –autorizado por la CNMV el 16 de abril de 2010-, D. DP figuraba como responsable del departamento de seguimiento de clientes, sin ostentar formalmente cargo de administración o dirección y por tanto sin que la CNMV pudiera realizar un análisis y valoración sobre la idoneidad de dicha persona para desempeñar funciones directivas en la compañía.*

*c) El 18 de mayo de 2010, antes de la inscripción de la Entidad como EAFI en el registro oficial de la CNMV, los dos administradores mancomunados de la Entidad, otorgaron poderes al Sr. P con amplias facultades para la gestión, disposición y administración de la sociedad, sin aportar la escritura de apoderamiento a la CNMV –pese a haber sido requerido para ello en el requerimiento de inicio de la inspección el 12 de enero de 2015 (Registro de salida nº 2015001570) y sin proceder a su inscripción registral hasta el 14 de noviembre de 2011.2 La amplitud y extensión de los poderes otorgados, contrasta con las limitaciones establecidas para el funcionamiento de los cargos de administración, que tenían una duración de 6 años y su ejercicio tenía carácter mancomunado exigiendo la intervención conjunta de ambos administradores.*

*d) En la inspección se constató que el Sr. P ejercía efectivamente los poderes otorgados, encargándose de las tareas propias del funcionamiento ordinario de la Entidad (dicha persona firma todos los contratos con los clientes, ordena los pagos a las entidades financieras con las que se mantiene cuentas corrientes, contrata personal, firma los contratos de arrendamiento de las oficinas, firma los proyectos de asesoramiento, instruye los traspasos de efectivo, etc.). Adicionalmente, dicha persona ha sido el interlocutor de la EAFI durante la inspección realizada en 2015 y la revisión limitada efectuada con fecha de referencia 30 de junio de 2013.*

*e) Durante la inspección, se indicó que el Sr. P era el director de operaciones, desempeñando las siguientes funciones: Diseño y proyección de objetivos y planes de negocio, responsable de las relaciones institucionales, supervisión de las comunicaciones con bancos e intermediarios financieros, coordinación de los distintos departamentos, supervisor General y reporte al órgano de administración, seguimiento y control continuado de las carteras asesoradas.*

*f) Las actuaciones de inspección pusieron de manifiesto que los administradores no ejercían responsabilidades ligadas al negocio. En la única ocasión que los inspectores se han reunido con ellos, no han podido acreditar*

*unas funciones directivas y unos cometidos claros ni han demostrado un conocimiento preciso del negocio de la Entidad.*

*Por todo lo expuesto se ha de concluir que FINANZE FENIX incurrió en relevantes irregularidades organizativas, incumpliendo de manera sistemática las obligaciones recogidas en el artículo 185 del TRLMV, por la falta de claridad y definición de los puestos y personas responsables en la gestión y dirección de la Entidad y porque dichas funciones equiparables a personal de alta dirección, se ejercieron efectivamente por una persona –D. DP-, que había eludido el control previo de idoneidad previsto legalmente, sin que tampoco los Administradores nombrados formalmente e inscritos en los registros oficiales realizaran evaluación alguna sobre dicha persona, según lo exigen los artículos 183.1 y 185.2 d) del TRLMV antes citados.*

*Todo ello generó una situación de confusión en la delimitación de los órganos de dirección de la EAFI y en el reparto de las respectivas funciones y responsabilidades, vulnerando el deber de transparencia y coherencia que debe presidir el funcionamiento de su estructura organizativa, como condición para garantizar una gestión eficaz y prudente. Asimismo, dicha situación entorpeció las labores de supervisión sobre la compañía, especialmente al impedirse la evaluación de la idoneidad de quien de facto realizaba funciones propias de un Director General.”*

### **3.- INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

El Abogado del Estado suscita, en su contestación a la demanda, la inadmisibilidad del recurso de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 e) de la LJCA sobre la base de que el 16-1-2018 se interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución de alzada, habiendo transcurrido en exceso los dos meses previstos legalmente para dicho trámite ya que la resolución: *“(…) se intentó notificar personalmente en el domicilio específicamente designado a estos efectos en el recurso de alzada (como se ve en el propio recurso y se admite por el Recurrente en la página 10 de su escrito de demanda) el día 25 de julio de 2017, resultando la notificación infructuosa por resultar el Recurrente “desconocido” en dicho domicilio (documento “6\_5 Notificación al interesado devuelta por Correos por desconocido.pdf” del expediente remitido por el Ministerio). El 8 de agosto de 2017 se publicó en el Boletín Oficial del Estado la Resolución (documento “7\_6 Publicación de la Resolución en el B.O.E. pdf” del expediente del Ministerio),(…)” (sic).*

El recurrente, en trámite de conclusiones, se opone a la inadmisión alegando la existencia de un único intento de notificación defendiendo que: *“En materia de resoluciones sancionadoras (como ocurre en el presente caso), la Administración debe intentar la notificación en otras posibles direcciones (o, al menos, acreditar que ha hecho todo lo posible para averiguarlas) antes de acudir a la vía edictal” (sic).*

El **art. 59.5 de la LRJ-PAC 30/1992**, aplicable por razones temporales, establece que:

*“Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o el medio a que se refiere el punto 1 de este artículo, o*

*bien intentada la notificación, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado».* (En igual sentido el art. 44 de la LPAC 39/2015)

Por ser el servicio de Correo y Telégrafos el medio utilizado para materializar el acto de comunicación, la Administración se ajustó a la previsión El **art. 43 RD 1829/1999**, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Servicios Postales, artículo que viene a señalar, en cuanto a los supuestos de notificaciones con un intento de entrega, que:

*“No procederá un segundo intento de entrega en los supuestos siguientes:*

*(...)*

*Que el destinatario de la notificación sea desconocido.*

*(...)*

*Cualquier causa de análoga naturaleza a las expresadas, que haga objetivamente improcedente el segundo intento de entrega.*

*En los supuestos previstos anteriormente, el empleado del operador postal hará constar en la documentación correspondiente la causa de la no entrega, fecha y hora de la misma, circunstancias que se habrán de indicar en el aviso de recibo que, en su caso, acompañe a la notificación, aviso en el que dicho empleado del operador postal hará constar su firma y número de identificación.”*

Este último precepto, en lo que interesa al caso, no queda afectado por la S. TS de 8-6-2004, Rec. 219/2000, cuando en su fallo viene a disponer la nulidad de:

*<<(…) “d) Sección Segunda, Capítulo II, Título II, sólo en cuanto sea aplicable a la “admisión y entrega de notificaciones de órganos judiciales”>> ya que como se indica en su FJ 2 <<“ (...) por otra parte, la misma Sección 2ª, Capítulo 2º, Título II, tiene un contenido genérico para notificaciones de órganos administrativos y judiciales, por lo que la nulidad hay que referirla a dichas normas, en cuanto se apliquen a los últimos, dejándolas subsistentes en la aplicación a órganos administrativos, respecto de las cuales no es preceptivo el informe del mencionado Consejo.”>>.*

Con base a la normativa anteriormente expuesta, en los casos de destinatario desconocido (para supuestos de notificación en papel y haya de realizarse en el domicilio), bastara con un intento de notificación para acudir a la publicación del acto recurrido mediante anuncios en el BOE.

En el caso de autos, la resolución de alzada se intentó notificar, por correo certificado con acuse de recibo, el 28-7-2017 a las 12,29 horas, en el domicilio C/ Juan Esplandiú, 11, 7ª planta 28007 MADRID, por el empleado del servicio de correos identificado por NIP X y firma, haciendo constar como motivo del resultado infructuoso de la entrega el que el destinatario era desconocido en dicho domicilio (el propio recurrente admite su desvinculación con dicho domicilio en la fecha del intento de notificación).

Este domicilio en el que se efectúa el intento de notificación coincidía con el designado a efectos de notificación en el escrito de interposición del recurso de alzada, recurso interpuesto telemáticamente el 24-1-2017 (era por tanto un domicilio actualizado en su designación respecto a la fecha de la resolución de alzada) y se había demostrado como efectivo a lo largo del expediente (de hecho coincidía con el que venía designado al efecto desde las alegaciones al pliego de cargos y era común a todos los sancionados) sin que por parte del hoy recurrente, que no puede negar que conocía la existencia del expediente sancionador que le concernía directamente, se comunicase a la CNMV el cambio de domicilio pese a que la resolución del contrato de arrendamiento es de 19-7-2017, con efectos de 30-6-2017 y por ello con fecha anterior – inmediatamente anterior y próxima - a la resolución de alzada y a su notificación (la resolución de alzada que fue dictada el 20-7-2017 y el intento de notificación se produce el 28-7-2017) situación omisiva en la que el recurrente se mantuvo indefinidamente.

La notificación edictal de la resolución de alzada se produce en el BOE de 8-8-2017 (Doc. 6 del expediente).

De partida, como ha señalado el Tribunal Constitucional, los actos de notificación *«cumplen una función relevante, ya que, al dar noticia de la correspondiente resolución, permiten al afectado adoptar las medidas que estime más eficaces para sus intereses, singularmente la oportuna interposición de los recursos procedentes»* [STC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 2]; teniendo la *«finalidad material de llevar al conocimiento»* de sus destinatarios los actos y resoluciones *«al objeto de que éstos puedan adoptar la conducta procesal que consideren conveniente a la defensa de sus derechos e intereses y, por ello, constituyen elemento fundamental del núcleo de la tutela judicial efectiva»* sin indefensión garantizada en el art. 24.1 de la Constitución española (CE) [STC 59/1998, de 16 de marzo, FJ 3; en el mismo sentido, SSTC 221/2003, de 15 de diciembre, FJ 4; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2].

El TS en sentencia de 25-3-2002, RC 220/1996, referida a deslinde de vías pecuarias, se señala que:

*<<"(...) Como hemos tenido ocasión de señalar reiteradamente el sistema de notificación edictal es operativamente eficaz cuando se refiere a sujetos desconocidos o cuyo domicilio se ignora; pero no puede utilizarse válidamente en menoscabo de las garantías procedimentales de los administrados en todos aquellos supuestos en los que la Administración pueda, con el empleo de la diligencia exigible, llegar a conocer la identidad y lugar idóneo para notificar personalmente a cualquiera de los posibles interesados en el trámite correspondiente (SSTS 23 de septiembre de 1992, 30 de abril de 1993, 22 de julio de 1999, entre otras muchas).":>>*

Es doctrina del Tribunal Constitucional que, en materia de notificaciones, únicamente lesiona el art. 24 de la CE la llamada indefensión material y no la formal, impidiendo *«el cumplimiento de su finalidad, tendente a comunicar la resolución en términos que permitan mantener las alegaciones o formular los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico frente a dicha resolución»* [SSTC 155/1989, de 5 de octubre, FJ 3; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; y 113/2001, de 7 de mayo, FJ 3], con el *«consiguiente*

*perjuicio real y efectivo para los interesados afectados» [SSTC 155/1988, FJ 4; 112/1989, FJ 2; 91/2000, de 30 de marzo; 184/2000, de 10 de julio, FJ 2; 19/2004, de 23 de febrero; y 130/2006, de 24 de abril, FJ 6. En igual sentido, Sentencias de esta Sala de 25 de octubre de 1996 (rec. apel. núm. 13199/1991), FD Cuarto; y de 22 de marzo de 1997 (rec. de apel. núm. 12960/1991), FD Segundo]. A tal efecto, como indica el TS en sentencia de 17/02/2014, Rec. 3075/2010:*

*<<" Lo anterior implica, básicamente, en lo que aquí interesa, que si, pese a los vicios de cualquier gravedad en la notificación, puede afirmarse que el interesado llegó a conocer el acto o resolución por cualquier medio -y, por lo tanto, pudo defenderse frente al mismo-, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o mala fe, no cabe alegar lesión alguna de las garantías constitucionales, dado el principio antiformalista y el principio general de buena fe que rigen en esta materia [SSTC 101/1990, de 4 de junio, FJ 1; 126/1996, de 9 de julio, FJ 2; 34/2001, de 12 de febrero, FJ 2; 55/2003, de 24 de marzo, FJ 2; 90/2003, de 19 de mayo, FJ 2; y 43/2006, de 13 de febrero, FJ 2].*

*(...)*

*En otros términos, «y como viene señalando el Tribunal Constitucional "ni toda deficiencia en la práctica de la notificación implica necesariamente una vulneración del art. 24.1 CE" ni, al contrario, "una notificación correctamente practicada en el plano formal" supone que se alcance "la finalidad que le es propia", es decir, que respete las garantías constitucionales que dicho precepto establece [SSTC 126/1991, FJ 5; 290/1993, FJ 4; 149/1998, FJ 3; y 78/1999, de 26 de abril, FJ 2], lo que sucedería, por ejemplo, en aquellos casos en los que la Administración no indaga suficientemente sobre el verdadero domicilio del interesado antes de acudir a la notificación edictal, o habiéndose notificado el acto a un tercero respetando los requisitos establecidos en la Ley, se prueba que el tercero no entregó la comunicación al interesado» [Sentencia de 16 de diciembre de 2010 (rec. cas. núm. 3943/2007), FD Tercero].*

*Por la misma razón, no cabe alegar indefensión material cuando el interesado colaboró en su producción [ATC 403/1989, de 17 de julio, FJ 3; Sentencias de este Tribunal de 14 de enero de 2008 (rec. cas. núm. 3253/2002), FD Sexto; y de 10 de enero de 2008 (rec. cas. núm. 3466/2002), FD Cuarto], ni, desde luego, cuando ha rehusado personalmente las notificaciones [SSTC 68/1986, de 27 de mayo, FJ 3; y 93/1992, de 11 de junio, FJ 4].">>*

Sobre la base de estas premisas, la solución al caso es evidentemente casuística e indiscutiblemente ha de valorarse al caso el grado de diligencia demostrada tanto por el interesado como por la Administración en la consecución del conocimiento material de la resolución.

En lo que a los ciudadanos se refiere, el TS, S. TS 27-9-2012 Rec. 1488/2011, ha señalado que:

*<<"(...) el principio de buena fe "impide que el administrado, con su conducta, pueda enervar la eficacia de los actos administrativos" [Sentencias de 6 de junio de 2006 (RC 2522/2001), FD Tercero; de 12 de abril de 2007 (RC 2427/2002), FD Tercero; y de 27 de noviembre de 2008 (RC 5565/2006), FD Cuarto], y les impone*

*"un deber de colaboración con la Administración en la recepción de los actos de comunicación que aquella les dirija" [SSTS 28 de octubre de 2004 (RC en interés de ley 70/2003), FD Quinto; de 10 de junio de 2009 (RC 9547/2003), FD Cuarto; y de 16 de junio de 2009 (RC 7305/2003), FD Segundo], lo que conlleva, en lo que aquí interesa, que si el interesado incumple con la carga de comunicar el domicilio o el cambio del mismo, en principio ---y, reiteramos la precisión, siempre que la Administración haya demostrado la diligencia y buena fe que también le son exigibles---, debe sufrir las consecuencias perjudiciales de dicho incumplimiento (SSTS de 10 de junio de 2009, FD Cuarto; y de 16 de junio de 2009, FD Segundo).">> (Sic con el añadido del subrayado para enfatizar)*

En cuanto al caso de autos, la notificación en el domicilio designado era plenamente válida y por lo anteriormente expuesto, la notificación por anuncios en el BOE de 8--8-2017 se utilizó dentro de las previsiones legales y jurisprudenciales, carácter supletorio y excepcional, como un último remedio ante el fracaso de la efectiva notificación en el domicilio reiteradamente elegido por el recurrente a lo largo del procedimiento administrativo (en este caso, además, de forma temporalmente próxima y anterior al intento de notificación ya que aparece designado al efecto en la interposición del recurso de alzada en enero de 2017), resultando desconocido en el domicilio designado en el intento de notificación llevado a cabo en julio de 2017, solo seis meses después de su designación, domicilio que se había manifestado efectivo a lo largo del expediente, sin que el recurrente comunicara en ningún momento el cambio de domicilio a la Administración, sin que haya acreditado que a fecha de la publicación en el BOE de la resolución de alzada constara como domicilio administrativo efectivo uno distinto al antedicho domicilio designado y que apareciera como subsecuente a la resolución del contrato de arrendamiento que se produce de forma temporalmente próxima e inmediatamente anterior a la fecha de la resolución de alzada (el día antes), y sin que la Administración, ante este cúmulo de circunstancias, viniera obligada a determinar y utilizar otros hipotéticos y posibles domicilios donde notificar al actor con base a los varios que pudiera haber utilizado en su relación con la Administración en otros ámbitos (v. gr. domicilio a efectos fiscales que ni siquiera la parte actora ha demostrado cual era a la fecha de la notificación edictal).

Resumidamente, ni consta ni se alega que hubiera otro domicilio efectivo que resultara del expediente ni que hubiera otro domicilio efectivo administrativamente, de sencilla y fácil localización acudiendo a registros públicos a la fecha de la notificación edictal.

Ante la validez de la notificación en el domicilio designado, la validez de la publicación en el BOE de la resolución de alzada al haber resultado infructuosa la notificación en dicho domicilio por ser desconocido y la buena fe y diligencia en el obrar administrativo para ello junto con la mantenida actitud omisiva en la comunicación del cambio del domicilio, no puede atenderse a considerar como fecha de notificación la del 21-11-2017, fecha en que por cuenta del recurrente compareció D. AAL, DNI XXXXXXXX, ante la Subdirección General de Recursos, Reclamaciones y Relaciones con la Administración de Justicia del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, haciéndosele entrega de copia de la referida Resolución de 20 de julio de 2017.

Nótese que dicha comparecencia vino propiciada por régimen legalmente previsto de publicación en el BOE de las infracciones muy graves en el ámbito del mercado de valores declaradas firmes en vía administrativa - ex art. 304 del TRLMV Real Decreto Legislativo 4/2015 -, de manera que en el BOE de 16-11-2017 se hacía pública la resolución de 30-10-2017, de la CNMV, por la que se disponía publicar las sanciones por infracciones muy graves impuestas, entre otros, al hoy recurrente al haber quedado firmes en vía administrativa, de tal forma que la fecha de interposición del presente recurso contencioso administrativo –en el plazo legalmente previsto de dos meses - se pretende ajustar matemáticamente al plazo que abre esta publicación en el BOE (recurso interpuesto el 16-1-2018). Vemos por tanto que el BOE era un medio efectivo para que el recurrente llegara a conocer la resolución de alzada a tiempo para ---si lo deseaba--- poder reaccionar contra el mismo.

Además, no puede asumirse que si el recurrente no llegó al conocimiento material de la resolución de alzada en su completo e íntegro pronunciamiento desestimatorio lo fue por falta de diligencia de la Administración en la realización de tal notificación, toda vez que la Administración también cumplió con su obligación de notificación de la resolución de alzada, esta vez de forma electrónica, en relación con la persona jurídica sancionada. La resolución de alzada es común para la EAFI y tres personas más, incluida el hoy recurrente (resolución común para FINANZE FÉNIX PLANIFICADORES FINANCIEROS, EAFI, S.A., D<sup>a</sup>. VAS, D. JPP y D. DPA) y en la interposición del recurso de alzada todos, persona jurídica y personas físicas, designaron el mismo domicilio (incluso el correo electrónico - [dp@financefenix.com](mailto:dp@financefenix.com)- es compartido por el recurrente y la persona jurídica). La notificación electrónica de la resolución de alzada a la EAFI consta depositada en sede electrónica de la SGAD (Secretaría General de Administración Digital) el 31-7-2017 a las 17:41:59 horas (notificación con referencia 597f4fc703363) con fecha de expiración el 11-8-2017 (el rechazo automático se produjo tras haber superado la fecha marcada por el organismo remitente en el momento de su puesta a disposición, notificación electrónica confirmada en su regularidad por la Sentencia de esta Sala y Sección de igual fecha que la presente (Rec. 31/2018), recurso referido a la entidad FINANZE FENIX PLANIFICADORES FINANCIEROS, EAFI, S. A en la concreta sanción impuesta que remite al art. 185 del TRLMV por los mismos hechos siendo que el hoy actor es sancionado en su condición de apoderado general de la misma y sobre la base del desarrollo de hecho de funciones de alta dirección en la misma con amplias facultades para la toma de decisiones en todas las áreas de actividad de la empresa (la interposición separada de diferentes recursos contencioso-administrativos por los diferentes sancionados – Rec. 16/2018, 29/2019, 30/2018 y 31/2018 - no puede desdibujar esta realidad en la clara e indiscutible posibilidad del efectivo conocimiento material de la desestimación de la alzada de forma temporalmente inmediata y subsecuente al dictado de la resolución administrativa).

Por todo ello el recurso contencioso administrativo ha de inadmitirse al ser manifiestamente extemporáneo en la fecha de su interposición, sin entrar a valorar el fondo del asunto.

**4.-** De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se

impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

### **FALLO**

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

**INADMITIR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. DPA** contra la resolución del Ministerio de Economía y Competitividad a que las presentes actuaciones se contraen, al haberse interpuesto fuera de plazo legal.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1-3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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.