

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 474/2013
Ponente: Dª. Ana Isabel Resa Gómez
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 27 de julio de 2012
Fallo: Inadmisión

Madrid, a trece de noviembre de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 474/2013 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora doña GMT, en nombre y representación de don **GGP**, contra la Resolución de fecha 27 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa -actuando por delegación del Ministro de Economía y Competitividad- por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a la mercantil Fergo Aisa, S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración, por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, habiendo sido Ponente la Ilma. Sra. **D^a ANA ISABEL RESA GÓMEZ**, Magistrada de la Sección.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que anule la resolución impugnada, conforme a los pedimentos contenidos en el suplico de la demanda.

TERCERO- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, y solicitando, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos la desestimación del recurso, aunque planteando con carácter previo causa de inadmisibilidad del recurso por extemporáneo.

CUARTO- Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 11 de noviembre de 2015 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo, la Resolución de -fecha 27 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa -actuando por delegación del Ministro de Economía y Competitividad- por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a la mercantil

Fergo Aisa, S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración, por la que se impone al actor una sanción de 3000€, por la comisión de una infracción tipificada como muy grave en el art. 99 m) de la LMV por la no remisión y difusión de información financiera periódica y en concreto, el informe financiero anual del ejercicio de 2010, a la que obliga el artículo 35.1 del mismo texto legal.

SEGUNDO- Los principales motivos impugnatorios que plantea el recurrente en su demanda son los siguientes:

1. Limitación del poder conferido a don CFG y falta de notificación de las actuaciones de la CNMV posteriores al periodo de alegaciones al pliego de cargos. Indefensión material y formal.
2. Improcedencia de la sanción en cuanto al fondo del asunto por falta de responsabilidad del recurrente, pues esta se debe reducir a los miembros de la Comisión de Auditoría y al Consejero Delegado.

TERCERO- Invoca el Abogado del Estado con carácter previo causa de inadmisibilidad del recurso al haberse interpuesto extemporáneamente. Señala que constando la notificación de la resolución impugnada el 4 de septiembre de 2012 y habiéndose interpuesto el contencioso el 29 de julio de 2013 resulta extemporáneo a tenor de lo dispuesto en el artículo 46 de la LJCA en consonancia con el art. 51.1.d) del mismo texto legal.

El actor señala en su escrito de demanda que la Orden recurrida no le fue notificada por lo que no tuvo conocimiento de la misma. Alega que dimitió de su condición de consejero y administrador de la sociedad Fergo Aisa, S.A. en virtud de escritura pública autorizada por el Notario de Barcelona don JMS de fecha 7 de junio de 2012 en la que se protocoliza y remite la carta de dimisión. Esta escritura fue debidamente inscrita en el Registro Mercantil del domicilio de la sociedad y publicada en el BORME, no obstante la Orden fue dictada 50 días después y notificada al domicilio social de la sociedad Fergo Aisa, S.A., cuando dicho domicilio no era el pertinente desde el momento de la dimisión. Dice que esta situación le ha producido una indefensión formal y material, ya que de habersele notificado en tiempo y forma hubiera podido interponer los recursos procedentes.

Asimismo, indica que si bien apoderó al Consejero Delegado don CFG, dicho apoderamiento se limitó a las actuaciones consistentes en las alegaciones al acuerdo de incoación de 8 de septiembre de 2011 y al pliego de cargos de 4 de octubre de 2011, pero no al resto de actuaciones que tuvieron lugar dentro del expediente sancionatorio, por lo que agotadas las intervenciones en relación a estos concretos actos el poder decayó, por lo que la Administración actuó con base a un poder insuficiente.

CUARTO- Empezando en primer lugar por la segunda cuestión, consta en los folios 31 y 32 de autos, que con fecha 19 de octubre de 2011 el actor otorga mandato y representación con la mayor amplitud que en derecho proceda a don CFG, para que

actúe ante la CNMV en el procedimiento de incoación de expediente administrativo sancionador iniciado mediante acuerdo del Comité Ejecutivo de la CNMV de fecha 8 de septiembre de 2011, según el escrito de pliego de cargos formulado en fecha 4 de octubre de 2011, así como en cualquier procedimiento inspector o sancionador ulterior que, en su caso, puedan iniciarse.

Se otorgan expresamente facultades, entre otras muchas, para recibir comunicaciones, presentar toda clase de escritos o alegaciones relacionados con las actuaciones inspectoras y la instrucción de los procedimientos que puedan iniciarse, comparecer en los trámites de audiencia y contestar el pliego de cargos y en general, realizar cuantas actuaciones correspondan al representado en el curso de dicho procedimiento, de conformidad con la Ley 30/92. Igualmente consta la aceptación por el representante de la representación conferida.

Así las cosas, consta que el acuerdo de incoación de fecha 8 de septiembre de 2011 se notifica a don CF el 21 de septiembre de 2011 (folio 104 del expediente), el pliego de cargos de 4 de octubre de 2011 se notifica al representante el día 5 de octubre de 2011 (folio 246 del expediente), se contesta al pliego de cargos el 19 de octubre de 2011 (folio 289) y la resolución ahora impugnada se notifica el día 4 de septiembre de 2012, en el mismo domicilio que las anteriores, que es el de la sociedad Fergo Aisa, S.A., Paseo de Gracia nº 46, 2ª planta, tanto por la CNMV (Folio 1324 del expediente en el que aparece el sello de la empresa) como por el Servicio de Correos (Folios 1321, 1322 y 1322 bis).

Por tanto, constando la notificación el día 4 de septiembre de 2012 y habiéndose interpuesto el recurso el día 29 de julio de 2013, es evidente que el mismo se formuló extemporáneamente y frente a ello no pueden prosperar las alegaciones de la actora.

La de insuficiencia de poder, por cuanto consta que éste fue otorgado con la mayor amplitud que en derecho proceda, para el presente procedimiento en su totalidad, y comprendiendo expresamente las facultades ejercitadas. No consta que dicho poder haya sido revocado, que es a tenor de lo establecido en los artículos 1732, 1733, 1734 y 1738 del Código Civil, una de las causas de extinción del mandato, por lo que el mismo, al ser válido y eficaz ha desplegado todos sus efectos.

Y en cuanto a la cuestión de que dimitió con fecha 7 de junio de 2012, deben hacerse dos precisiones: la primera, que el hecho de la dimisión no implica revocación del mandato y segundo que la fecha de otorgamiento de la escritura pública en el que consta su dimisión, no es la relevante para que la misma produzca efectos respecto de terceros. Es decir, se precisa su inscripción en el Registro Mercantil y su publicación en el BORME. No nos consta la fecha ni de la inscripción, ya que en el expediente figura en el folio 190 como último asiento registral, el practicado con fecha 4 de mayo de 2011, ni el de la publicación en el BORME, fechas que debió acreditar el actor, quien solo se limitó a señalar que tales hechos se habían producido, pero no el cuándo.

Efectivamente señala el art. 21 del Código de Comercio:

“1. Los actos sujetos a inscripción sólo serán oponibles a terceros de buena fe desde su publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil». Quedan a salvo los efectos propios de la inscripción.

2. Cuando se trate de operaciones realizadas dentro de los quince días siguientes a la publicación, los actos inscritos y publicados no serán oponibles a terceros que prueben que no pudieron conocerlos.

3. En caso de discordancia entre el contenido de la publicación y el contenido de la inscripción, los terceros de buena fe podrán invocar la publicación si les fuere favorable. Quienes hayan ocasionado la discordancia estarán obligados a resarcir al perjudicado.

4. La buena fe del tercero se presume en tanto no se pruebe que conocía el acto sujeto a inscripción y no inscrito, el acto inscrito y no publicado o la discordancia entre la publicación y la inscripción.”

Por tanto, y visto lo expuesto, como quiera que el actor no ha acreditado que su dimisión, mejor dicho los efectos de la misma, entendiéndose por tales los que se producen tras la inscripción en el Registro Mercantil y publicación en el BORME y eventualmente, el plazo de los 15 días subsiguientes a esta última, hayan podido ser conocidos por la CNMV antes de remitirse el acuerdo de resolución del expediente, que lo fue el día 3 de agosto de 2012, (Folio 1322), la notificación realizada a la empresa es conforme a Derecho, máxime cuando el propio actor, como principal interesado, conocedor de la existencia del procedimiento sancionador, bien pudo comunicar a la CNMV, por sí o mediante su apoderado, un nuevo domicilio a efectos de notificaciones y no lo hizo.

QUINTO- Como quiera que la notificación ha sido conforme a derecho y el recurso contencioso se ha interpuesto fuera del plazo de dos meses que establece el art. 46 de la LJCA, procede declarar su inadmisión de conformidad con lo dispuesto en el art. 51.1.d) del mismo texto legal y por lo que se refiere a las costas, a tenor de lo establecido en el art. 139 deben imponerse a la parte actora.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos **INADMITIR E INADMITIMOS** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de don **GGP**, contra la Resolución de fecha 27 de julio de 2012 del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, a la que la demanda se contrae. Se imponen las costas a la parte actora.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.