

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE ABRIL DE 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 315/2013
Ponente: D. Javier Eugenio López Candela
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 26 de marzo de 2013 que confirma en alzada Resolución del Consejo de la CNMV de 10 de julio de 2012.
Fallo: Parcialmente estimatorio.

Madrid, a veintinueve de abril de dos mil quince.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 315/13 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D^a. BRC, en nombre y representación de don ARD, siendo asistida por el letrado Sr. JAP, contra Resolución de fecha 26 de marzo de 2.013 del Ministro de Economía y Competitividad, por delegación el Subsecretario de dicho Ministerio, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que impone a la actora dos sanciones de multa de 105.000 y 51.000 euros, en materia de mercado de valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso en fecha 12 de julio de 2013 este recurso; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, interesando la anulación de la resolución impugnada por los motivos indicados en el suplico de la misma, y con expresa condena en costas a la Administración demandada.

SEGUNDO.- De la demanda se dio 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 pasó a contestar la demanda, oponiéndose a ella, e interesando la confirmación de la resolución impugnada, con imposición de costas a la parte demandante.

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 22 de abril de 2014 admitiendo los medios de prueba presentados con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de conclusiones; finalmente, mediante se señaló para votación y fallo el día 14 de abril de 2014, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- 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 Ilmo Sr. Magistrado D. Javier Eugenio López Candela, el cual expresa la opinión de la Sala.

La cuantía del procedimiento es de 156.000 euros.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la Resolución de fecha 26 de marzo de 2.013 adoptada por el Subsecretario del Ministerio de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que impone a la actora dos sanciones de multa de 105.000 y 51.000 euros, en materia de mercado de valores por infracciones graves, previstas en el art.100.n y g de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber mantenido a la Agencia SEBROKER BOLSA S.A durante seis meses consecutivos con un nivel de recursos propios por debajo del mínimo establecido y por incumplimiento desde diciembre de 2.009 del coeficiente de liquidez a que se refiere el art.70.1b de dicho texto legal.

SEGUNDO.- Son hechos acreditados que constan documentalmente en el expediente administrativo, en esencia y en lo relativo al hoy actor, y sin perjuicio de lo que se exponga en otros fundamentos de derecho, que en fecha 24 de marzo de 2.011 se incoa al hoy actor, a SEBROKER BOLSA S.A y a don CMM, en su condición de Consejero delegado y Secretario del Consejo de administración el primero, y de Presidente, Consejero delegado y Director General de dicha entidad el segundo, un procedimiento sancionador por dos infracciones muy graves, previstas en los art.99.l y z/ de la ley 24/88 y por otras graves del art.100 n y g del mismo texto legal.

Nombrados los instructores, y tras acordar la incorporación de la documentación pertinente, se notificó al hoy actor el acuerdo de incoación en el domicilio de SEBROKER S.A, calle Diputació nº238, de Barcelona, no constando suficientemente como recibido.

En fecha 1 de junio de 2.011 se dictó pliego de cargos. La notificación resultó infructuosa por resultar desconocido, publicándose en el BOE y en el tablón de anuncios de los Ayuntamientos de Barcelona y Esplugues de Llobregat. Los instructores acordaron en fecha 20.9.2011 la apertura de un período de prueba. En fecha 7 de octubre de 2.011 los instructores oficiaron al Juzgado Mercantil nº 8 de Barcelona en el que se tramita procedimiento concursal respecto del hoy actor para que se le informara del domicilio a efectos de notificaciones, al haberse rechazado la notificación en el domicilio de Ronda Canigó nº 7 de la Urbanización La Malolla de Esplugues, al constar que ya no vivía allí por haberse divorciado. Dicho requerimiento fue contestado en fecha 19 de octubre de 2.011.

En fecha 14 de noviembre de 2.011 se pone en conocimiento del recurrente la finalización de la práctica de pruebas, poniéndole en conocimiento el pliego de cargos y la providencia de 20 de septiembre de 2.011, lo que le fue notificado en fecha 3.12.2011.

En fecha 24.11.2011 el Comité ejecutivo de la CNMV acordó ampliar el plazo de duración del procedimiento en seis meses. El hoy actor interesó en fecha 30.3.2012 la nulidad de actuaciones del expediente sancionador por la defectuosa notificación de trámites.

En fecha 13 de abril de 2.012 se dicta propuesta de resolución, que fue notificada al interesado mediante publicación en el BOE de 16 de mayo de 2.012, y publicación en el tablón de anuncios del Ayuntamiento de Esplugues, después de haber realizado dos intentos en su domicilio los días 17 y 18 de mayo, con ausencia del interesado, dejando aviso de recogida en oficina postal. El actor solicitó la notificación de nuevo de la propuesta, al no poder serle entregada por estar ausente en su domicilio. En fecha 24.5.2012 le fue entregada copia de la propuesta de resolución, habiéndose acordado ésta por providencia de 14.5.2012 (folio 8550), sin ser posible la notificación, siendo intentada los días 29 y 30 de mayo de 2.012, siendo definitivamente recogida en fecha 2 de junio de 2.012.

El actor comunicó mediante escrito de 30.5.2012 que manifestaba haber recogido en fecha 26.5.2012 la propuesta de resolución y solicitaba la puesta de manifiesto del expediente.

Mediante providencia de fecha 31.5.2012 se dio contestación a las solicitudes del recurrente, recogiendo el actor el envío por correo en fecha 8.6.2012, después de dos intentos en su domicilio. Mediante diligencia de 8.6.2012 se hizo constar la entrega al actor de copia del expediente sancionador.

Remitidas las actuaciones al Consejo de la CNMV, el actor formuló escrito de recusación de los instructores, lo que fue rechazado por acuerdo del Comité ejecutivo de 5.7.2012. El actor formuló escrito de alegaciones a la propuesta de resolución en fecha 29.6.2012. En fecha 10 de julio de 2.012 se dicta acuerdo sancionador, imponiendo a SEBROKER BOLSA S.A en liquidación dos multas de un euro, por las infracciones previstas en el art.100.n y g/ de la Ley 24/1988, y a don CMM y al actor dos sanciones de multas de 105.000 y 51.000 euros respectivamente, lo que fue confirmado en alzada por la resolución impugnada.

TERCERO.- La parte actora alega diversos motivos de impugnación en el escrito de demanda, que ordenaremos y analizaremos siguiendo un orden lógico:

- a) En primer lugar, alega que ha tenido lugar la caducidad del procedente sancionador conforme lo dispuesto en el art.2.1 del RD 2119/1993, de 3 de diciembre, toda vez que el plazo para resolver el procedimiento sancionador el año a contar desde la fecha de incoación del procedimiento sancionador, 24 de marzo de 2.011, ha transcurrido cuando se notifica a la actora el 3 de agosto de 2012 la resolución de 10 de julio de 2.012.

El mencionado motivo ha de ser desestimado, toda vez que con fecha 24.11.2011 el Comité ejecutivo de la CNMV acordó ampliar el plazo de duración del procedimiento en seis meses, computándose dicho plazo desde la fecha de incoación, 24 de marzo de 2.011, conforme al art.42.3.a de la Ley 30/92, sin que sea necesario atender a la fecha de notificación del acuerdo de incoación, por lo que el plazo de vencimiento ha tenido lugar seis meses después del 23 de marzo de 2012, esto es el 23 septiembre de 2.012, de modo que no ha transcurrido dicho plazo de dieciocho meses, sin que exista ningún obstáculo legal en admitir que haya podido tener lugar

la ampliación del plazo aunque no se hubiese notificado el acuerdo de incoación del procedimiento respecto al actor, cuestión ésta que posteriormente examinaremos, siendo así que el acuerdo de ampliación sí fue notificado al actor (f.8192).

- b) En segundo lugar, invoca el actor que se ha producido vulneración del derecho de defensa al existir irregularidades procedimentales básicamente relativas a las inexistentes o defectuosas notificaciones de los distintos trámites del procedimiento sancionador, lo que le ha originado indefensión, determinando ello la nulidad del procedimiento sancionador conforme a lo dispuesto en el art.62.1.e/ de la Ley 30/92, de 26 noviembre regulador del Procedimiento Administrativo Común en la medida en que el acuerdo de incoación y el pliego de cargos se debieron haber notificado en el domicilio indicado cuando se comunicó en fecha 5.3.2010 el cese del actor mediante traslado de la escritura pública otorgada el 1.3.2010.

Este motivo ha de correr igual suerte que el anterior. Si bien no se ha acreditado en autos que el actor haya sido nombrado Director general adjunto de SEBROKER, y con independencia de que la CNMV pudo haber conocido el domicilio del recurrente en Esplugues de Llobregat si hubiera tenido en cuenta el domicilio indicado en dicha comunicación de 5.3.2010, calle Nord 76 de Esplugues, antes de solicitarlo al juzgado que llevaba el expediente concursal, y aun pudiendo admitir que no firmó el acuse de recibo que le atribuye la CNMV en la notificación efectuada en la calle Diputación 238, entresuelo A, sin que de ello puede extraerse más conclusiones pues pudo hacerlo un tercero en su nombre, lo cierto es que como bien indica la resolución impugnada de fecha 26 de marzo de 2013 del Ministerio de Economía – y esto es lo determinante para apreciar el periclitamiento de este motivo- el actor desde el 3 diciembre 2011 (folio 8143) ha podido tener conocimiento del acuerdo de incoación y del contenido del pliego de cargos, y esto es un hecho admitido por el propio recurrente en su escrito de 30.3.2012. Desde ese momento ha podido solicitar la prueba que ha tenido por conveniente, sin que la misma haya resultado relevante, tal como se ha acreditado en esta vía judicial a la vista de los medios de prueba formulados. Por consiguiente, el recurrente pudo y debió, al menos a partir de ese momento, haber solicitado la práctica de la prueba necesaria en el ejercicio de su derecho de defensa, y si no lo hizo tan sólo podemos concluir que se ha producido una mera indefensión formal y nunca de contenido material, por lo que conforme a la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (STC 48/1984, de 4 de abril, 93/87, de 3 de junio, 18/1995, de 24 de enero, por todas), no se ha producido una merma de su derecho de defensa ex art.24.2 de la CE.

- c) En tercer término plantea el recurrente la recusación de los dos instructores del procedimiento en la que destaca una falta de objetividad basada en razones de enemistad o interés directo, conforme al art.28.2 de la Ley 30/92, determinada por la reiterada notificación de todas las resoluciones del procedimiento en lugares en los que no procedía la misma. Este motivo ha de ser igualmente rechazado en línea con lo expuesto en la resolución impugnada del Ministerio de Economía de fecha 26 marzo 2013. Además de admitir que no existe tal interés en el instructor por el mero hecho de que es designado por el órgano que incoa el procedimiento, podrá haber habido o no un mayor o menor acierto en la práctica de la notificaciones pero como hemos dicho no se ha producido una vulneración del derecho de defensa, y en todo

caso en modo alguno se aprecia por parte de los instructores, Sres. I.M. e H.P., una falta de objetividad, no manifestándose motivo alguno de recusación conforme al art.28.2 de la Ley 30/1992 y no bastando con haber sido instructor en otro procedimiento sancionador 10 años antes.

- d) Se invoca también la indefensión producida a SEBROKER BOLSA S.A, que se ha traducido en su propia indefensión, pero este motivo debe ser desestimado, pues además de que no cabe invocar una indefensión ajena, lo cierto es que en el procedimiento sancionador, en vía de recurso de alzada y en esta vía judicial ha podido alegar lo que ha tenido por conveniente, sin que lo que haya resultado respecto de SEBROKER haya limitado su derecho de defensa.

Estas mismas cuestiones han sido resueltas en sentido análogo en la sentencia de fecha 16 de abril de 2.015, en el recurso 316/2013, en el que el actor es también recurrente.

CUARTO.- Procede en consecuencia entrar el examen de fondo de las infracciones imputadas al actor. Así respeta la primera de ellas contemplada como grave en el art.100.n de la ley 24/1988, de 28 de julio, del mercado de valores se sanciona como infracción haber mantenido a la agencia de valores durante seis meses consecutivos, esto es, entre septiembre de 2009 y febrero 2010 con un nivel de recursos propios por debajo del mínimo establecido de conformidad con el artículo 70.1, a del mismo texto legal.

Examinada en primer término la concurrencia de tipo de infracción como cuestión previa a los demás motivos planteados lo cierto es que debe ser estimado la falta de tipicidad mencionada sin necesidad de realizar grandes consideraciones. Como puede observarse el tipo requiere el mantenimiento de la situación de hallarse por debajo del nivel de recursos propios durante un tiempo mínimo de seis meses. La resolución impugnada admite que el actor cesó en su función de administrador el 25 de febrero de 2010. Por consiguiente, en modo alguno ha tenido lugar el transcurso de los mencionados seis meses aunque sea por tan sólo unos días. Es relevante en este sentido, la falta de argumentación suficiente en contrario por parte de la resolución impugnada y de la Abogacía del Estado.

QUINTO.- Examinada la segunda de las infracciones relativa al incumplimiento desde diciembre de 2009 del coeficiente de liquidez a que se refiere el artículo 70.1.b del texto legal alega el actor en primer término que adoptó las medidas necesarias para mantener dicha liquidez, como fue la ampliación de capital acordada en fecha 21 de diciembre de 2.009 y puesta en conocimiento de la CNMV, dentro de un programa de retorno al cumplimiento de las normas de solvencia, lo que fue impedido por la declaración concursal de SEBROKER el 23 de marzo de 2.010, habiéndose suspendido de actividad desde el 5 de marzo. Lo cierto es que este motivo debe perecer, y conviene recordar que esta Sala ha confirmado la validez de los acuerdos de denegación del programa de retorno del nivel mínimo de recursos propios, de 14.4.2010 (sentencia de 22.5.2013, recurso 382/10), de revocación de la autorización a SEBROKER, de fecha 7 de octubre de

2.010 (sentencia de 22.10.2012, recurso 741/2010), y de denegación del levantamiento de suspensión de actividades de 14.4.2010 (sentencia de 6.6.2012, recurso 384/2010). Pero sobre todo hay que tener en cuenta que la aportación no dineraria aprobada para ampliar el capital, como bien se deduce de la resolución de la CNMV impugnada no puede decirse que se trataba de una vía idónea para conseguir dicho mantenimiento de la situación de liquidez. Los informes periciales, bastante escuetos y sucintos de los peritos Sres. F.R. (folios 3598 y ss) y D.L. (folios 4387), economista y auditor de cuentas, no sirven para desvirtuar las conclusiones de la CNMV, que sobre el estado reservado LI1 y anexo 12 remitido por la Agencia de diciembre de 2.009 a febrero de 2.010 aprecia un déficit que oscila entre 5 y 581 miles de euros. Y es así que dichos informes no llegan a contradecir claramente las valoraciones de aquélla, basado en el Informe realizado sobre determinados incumplimientos de Sebroker de la Dirección General de Entidades de 8 de octubre de 2010, (pg. 125 a 152) suscrito por D. J.A.G. y J.M.M.B., que obra en el tomo 3 del expediente, y al que debemos, otorgar la presunción de certeza por la especial objetividad y preparación técnica de quienes lo evacúan, así como por la mayor fundamentación de la misma. Por otro lado, a la vista de los folios 4021 y ss., del expediente se deduce que la citada ampliación de capital se fundamentaba esencialmente, en la valoración de unos equipos informáticos, lo cual no justifica suficientemente la liquidez de la mencionada aportación que permite concluir que se hubiese respetado el mínimo del 10% al que se refiere el art.48 del RD217/2008, y en los propios términos a que se refiere dicho precepto.

Por consiguiente, queda acreditada la concurrencia de la infracción prevista en el art.100.g y 70.1.b de la Ley 24/88.

Respecto a la participación del actor se invoca la falta de justificación en dicha infracción, y la diferencia de trato respecto de otros administradores, pero lo cierto es que la posición del actor, como secretario del Consejo de Administración con una participación muy relevante en el accionariado del 29,6%, y como consejero delegado le hacía ocupar una especial posición de garante en la evitación de los perjuicios causados a dicha agencia y de mantenimiento de su liquidez, obligación que le era exigible en todo momento conforme al art.48 del RD 217/2008, de 15 de febrero, sobre régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, así como al art.127 de LSA, entonces vigente, lo que permite apreciar su responsabilidad y culpabilidad en los términos indicados en el art.98 de la LMV en relación con el art.15 de LDIEC, 26/1988 de 29 de julio, en la redacción a la fecha de los hechos.

En cuanto a la falta de proporcionalidad invocada ha de ser desestimada, conforme al art.131.3 de la Ley 30/92, habida cuenta que aunque respecto de esa infracción no haya habido beneficio personal o familiar, reincidencia o perjuicio para tercero se ha impuesto en un tramo inferior dentro del máximo posible conforme al art.103 y 106 de la LMV, que podía llegar hasta los 150.250 euros, sin que por la propia situación de la entidad hubiese sido posible la suspensión de un cargo de administración o dirección, además de valorar la importancia de la entidad y la entidad de la infracción.

SEXTO.- De todo lo anterior se deduce la procedencia de estimar parcialmente el recurso contencioso-administrativo, anulándose la resolución impugnada en autos y

expresada en el fundamento de derecho primero de 26 de marzo de 2.013 del Ministerio de Economía y Competitividad que expresamente anulamos, así como la de la CNMV que confirma de fecha 10 de julio de 2.012 de la que derivan que expresamente anulamos, en cuanto a la sanción de multa de 105.000 euros impuesta al actor por infracción grave prevista en el art.100.n y 70.1.a de la Ley 24/88, confirmándose el resto de la resolución impugnada.

De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción dada por la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, no cabe hacer pronunciamiento alguno en cuanto al pago de las costas procesales, al haberse estimado parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo.

FALLAMOS

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

1º. ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de don ARD contra la resolución impugnada en autos y expresada en el fundamento de derecho primero de 26 de marzo de 2.013 del Ministerio de Economía y Competitividad que expresamente anulamos, así como la de la CNMV que confirma de fecha 10 de julio de 2.012 que expresamente anulamos en cuanto a la sanción de multa de 105.000 euros impuesta, confirmándose el resto de la resolución impugnada.

2º.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, por lo que resulta firme, 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.