

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 29 DE MARZO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 30/2018
Ponente: D.ª Lucía Acín Aguado
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 veintinueve de marzo de dos mil diecinueve.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 30/2018 que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto **D^a. VAS** representada por el Procurador de los Tribunales D. RRN contra la resolución de 20 de julio de 2017 del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad, dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la Resolución, de 7 de diciembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se impuso a Doña VAS una sanción de 60.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la normativa sobre mercado de valores. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 60.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 16 de enero de 2018 la representación procesal de la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional. Se turnó a la sección tercera donde fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Presentada demanda, el 20 de marzo de 2018, la parte solicitó “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 la sanción 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”.

Se emplazó al Abogado del Estado, que contestó a la demanda mediante escrito de 7 de octubre de 2015 en el que solicitó “dicte sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del recurso, y, subsidiariamente, se desestime el mismo, confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente”. Solicitado el recibimiento a prueba, presentadas conclusiones quedaron el 21 de junio de 2018 los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que se efectuó para el 19 de marzo de 2019. Dicho día se suspendió el señalamiento por enfermedad de la ponente, trasladándose al 26 de marzo de 2019, en que efectivamente tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente Doña Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución de 20 de julio de 2017 del Ministro de Economía por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto frente a la resolución, de 7 de diciembre de 2016, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV), por la que se impuso a Doña VAS, en su condición de administradora mancomunada de FINANZE FENIX PLANIFICADORES FINANCIEROS EAFI S.A., una sanción de 60.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 85 de la Ley del Mercado de Valores (RDL 4/2015) por incumplimiento de lo establecido en el artículo 185, al no contar dicha entidad con una estructura organizada clara, adecuada y proporcionada al carácter, escala y complejidad de sus actividades y con líneas de responsabilidad bien definidas, transparentes y coherentes.

La primera cuestión a examinar es la causa de inadmisibilidad alegada por el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda, por haberse presentado el recurso fuera de plazo, siendo los hechos relevantes para resolverla los siguientes:

El 23 de enero de 2017 D^a. VAS y D. JPP, administradores mancomunados de la entidad sancionada, interponen recurso de alzada contra la resolución de 7 de diciembre de 2016 de la CNMV indicando en el encabezamiento de ese escrito como domicilio a efectos de notificaciones C/ Juan Esplandiú nº 11 7^a Planta.

El 20 de julio de 2017 el Ministro de Economía desestima el recurso.

Intentada notificación personal el 25 de julio de 2017 en el domicilio designado en el recurso de alzada a través del servicio de correos, no se pudo practicar por resultar la recurrente desconocida en dicho domicilio.

No consta en el expediente administrativo ningún otro intento de notificación en cualquier otro domicilio.

El 8 de agosto de 2017 se publica en el BOE la resolución con expresa advertencia de que es firme en vía administrativa y cabe recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el plazo de 2 meses.

El 16 de enero de 2018 la recurrente interpuso recurso contencioso-administrativo.

El Abogado del Estado alega que la resolución se intentó notificar personalmente en el domicilio específicamente designado a estos efectos en el recurso de alzada, resultando la notificación infructuosa por resultar el destinatario "desconocido", procediéndose tras un intento de notificación a la publicación en el BOE. Por tanto, se ha dado cumplimiento a lo establecido en el artículo 44 de la Ley 39/2015 que establece que *"Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el «Boletín Oficial del Estado»*. Señala que no cabe alegar

que la Administración no realizó un esfuerzo adicional en la búsqueda de otros posibles domicilios, ni que aquella disponía de los datos fiscales (pues el domicilio fiscal no tiene por qué coincidir con el domicilio señalado a efecto de notificaciones, en especial si se trata de un procedimiento iniciado a instancia de parte como es el caso del recurso de alzada), cuyo cambio, por otro lado, debe ponerse en conocimiento de la Administración tributaria a través del correspondiente modelo al amparo del art 48 LGT.

La parte recurrente, alega que el domicilio en el que se practicó la notificación, a pesar de haber sido designado a efectos de notificaciones en el recurso de alzada, ya no tenía en el momento en que se realizó la notificación ninguna vinculación con aquél ni con la mercantil FINANZE. No cuestiona que no se realizara un segundo intento de notificación en ese mismo domicilio en caso de que destinatario sea desconocido en la dirección de envío conforme a lo establecido en el artículo 43 del Reglamento de Servicios Postales (RD 1829/1999), por lo que ninguna irregularidad se imputa en relación a esa notificación. De lo que discrepa es que no se hiciera ningún otro intento de notificación en cualquier otro domicilio que pudiera constar en los registros, ni que, tan siquiera, se realizara la más mínima indagación al respecto, en la medida en la que el Ministerio de Economía y Hacienda tiene todos los datos fiscales y de empadronamiento de la recurrente. Ello determina que de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia de 27 de octubre de 2008, Tribunal Supremo, STS de 16 de noviembre de 2016 y sentencias de esta Sala, Sentencia de 16 de marzo de 2015), deba considerarse como fecha de notificación a los efectos de interposición del presente recurso contencioso-administrativo, la fecha en la que tuvo por primera vez conocimiento real de la Resolución recurrida (esto es, el día 21 de noviembre de 2017, fecha en que compareció en las oficinas de la CNMV tras haber aparecido noticias en la prensa el 16 de noviembre de 2017) o a lo sumo, el día en que pudo conocer que las sanciones que son objeto del presente recurso habían quedado firmes en vía administrativa (esto es, el día 16 de noviembre anterior). La parte recurrente no comparte los razonamientos del Abogado del Estado por lo siguiente:

1. El hecho de que el intento de notificación infructuoso se practicara en la dirección indicada por la recurrente en su recurso de alzada no resulta determinante, ya que, en materia de notificaciones, es consolidada la jurisprudencia que ha declarado que lo único relevante (especialmente, a los efectos del cómputo de los plazos para ejercitar acciones administrativas o judiciales) es que los administrados lleguen a tener conocimiento de ellas. Así lo ha declarado la Sentencia, de 16 de noviembre de 2016, del Tribunal Supremo.
2. El principio pro actione y el de tutela judicial efectiva impone que la notificación sólo pueda desplegar efectos en el momento en el que el administrado tiene conocimiento real de su contenido. Así lo ha declarado esta Sala en su sentencia de 16 de marzo de 2015.
3. 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. Se remite a la sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2008.

SEGUNDO: La cuestión que se plantea es determinar si el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo debe computarse desde el día siguiente a la publicación en el BOE de la resolución que resuelve el recurso de alzada, tal como sostiene la Administración o si debe computarse desde la fecha en que afirma el recurrente tuvo conocimiento fehaciente de la resolución y que sitúa o bien en el día 21 de noviembre de 2017, fecha en que en que la recurrente compareció en las oficinas de la CNMV tras haber aparecido noticias en la prensa el 16 de noviembre de 2017 sobre la existencia de una sanción, o bien en este segundo día. Si se considera cualquiera de esas dos fechas el recurso contencioso-administrativo presentado el 16 de enero de 2018 se habría interpuesto en plazo.

La norma aplicable es el artículo 59.5 de la 30/1992, (de igual contenido el artículo 44 de la Ley 39/2015,) que establece *“Cuando los interesados en un procedimiento sean desconocidos, se ignore el lugar de la notificación o bien, intentada ésta, no se hubiese podido practicar, la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el Boletín Oficial del Estado”*.

Como señala la parte recurrente, la aplicación de este precepto ha sido modulada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo en orden a garantizar el derecho a la tutela efectiva de los ciudadanos, ya que ciertamente una notificación mediante publicación de un anuncio en el BOE limita el conocimiento de las resoluciones administrativas (si bien se ha visto ligeramente paliado por la posibilidad de suscripción gratuita al servicio de alertas BOE a la carta, que sólo es efectivo si en las resoluciones se indica el NIF de los interesados, lo que no sucede en este caso).

Ahora bien, siendo limitada la efectividad material de las notificaciones por edictos, cuando el interesado resulte desconocido en el domicilio al que ha sido enviada la notificación, ello no puede llevar a afirmar que con carácter general en los expedientes sancionadores 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, sino que hay que analizar las circunstancias concretas de cada caso.

Valorando estas circunstancias, considera la Sala que no era exigible a la Administración que intentara realizar la notificación en otro domicilio, previa averiguación del mismo, pudiendo acudir directamente, tal como hizo, a la notificación por edictos. Ello por las siguientes razones:

1. En este caso, si bien la resolución que se recurre se ha dictado en un expediente sancionador y por tanto es un acto desfavorable para la recurrente, hay que tener en cuenta que no se trata de una resolución de acuerdo de inicio de un expediente sancionador en que la recurrente no sabe que se va a iniciar un procedimiento, sino que se trata de un recurso de alzada interpuesto por la recurrente contra la resolución que acuerda imponer la sanción. Es decir, es un procedimiento que se inicia a instancia de parte en que ya existe una

resolución previa que acuerda imponer una sanción y en el que conoce que va a recibir una notificación de la resolución que se va a dictar en ese procedimiento.

2. Al interponer el recurso de alzada en el encabezamiento, hizo expresa referencia a ese domicilio a efectos de notificaciones que designaba. Por tanto, si 6 meses antes ha dado un domicilio para notificaciones de esa concreta resolución, no se puede exigir a la Administración que realice indagaciones acerca de su domicilio. Al contrario, si la recurrente conoce que va a dictarse una resolución en ese procedimiento y ha facilitado 6 meses antes un domicilio a efectos de notificaciones, está obligada especialmente a notificar ese cambio de domicilio, sin que sea exigible a la CNMV realizar averiguaciones de otros domicilios e intentos de nuevas notificaciones.
3. Si bien no consta que el recurso de alzada fuera presentado por un letrado en su nombre, la parte ha actuado asistida de letrados en el procedimiento sancionador. Así consta en el antecedente de hecho cuarto de la resolución de la CNMV de 12 de diciembre de 2016, en el que la misma autoriza como administradora mancomunada de la sociedad a letrados de un despacho para actuar en su nombre. Por tanto, pudo ser advertida de las consecuencias derivadas de la falta de recepción de las notificaciones.
4. La recurrente también interpuso el recurso de alzada como administradora mancomunada de la sociedad Finanzes Fenix, planificadores financieros también sancionada en el mismo procedimiento habiendo intentado la Administración notificar la resolución a la dirección de correo electrónico dp@finanzefenix.com, dado que al ser una persona jurídica estaba sometida a la notificación por medios electrónicos, siendo la notificación puesta a disposición el 31 de julio de 2017, expirando el plazo de recepción el 11 de agosto de 2017 sin que accediera Dª V, que es la que interpuso el recurso de alzada en nombre de la sociedad y a la que iba dirigida la notificación. Ello constituye un indicio de que había una voluntad de no recibir notificaciones dado que el acceso a una dirección de correo electrónico, no requiere la ubicación del destinatario en un lugar físico determinado y se puede acceder desde diversos dispositivos.

Las sentencias que cita y extracta el recurrente (facilitaría su búsqueda si se indica el número de recurso) se refieren a otros supuestos diferentes del analizado:

- La sentencia del Tribunal Supremo de 16 de noviembre de 2016 (recurso 2841/2015) se refiere a un supuesto en que se practicó la notificación pero el contenido del texto era incompleto. Esa sentencia señala que precisamente no cabe alegar lesión alguna de garantías constitucionales en el caso de que no llegara a conocer el contenido del acto por su negligencia, lo que es aplicable a este caso. Así, indica: *"Desde luego el desconocimiento de lo que se notifica, hace imposible no ya que pueda desplegarse una defensa eficaz, sino cualquier defensa. Por ello, lo realmente sustancial es que el interesado llegue al conocimiento del acto, sea uno u otro el medio, y por consiguiente pudo defenderse, o no lo hizo exclusivamente por su negligencia o*

mala fe, en cuyo caso 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, sentencias del Tribunal Constitucional 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].”

- La sentencia del Tribunal Constitucional de 27 de octubre de 2008 (recurso de amparo 1292/2005) se refiere a un supuesto particular de notificación por edictos de todas las fases del procedimiento de sanción de tráfico impuesta por un Ayuntamiento en el domicilio que constaba en el Registro de Vehículos en el que sin embargo se notificó sin ninguna dificultad la providencia de apremio en otro domicilio. Difiere del supuesto aquí examinado en que ya se ha notificado la imposición de la sanción, el procedimiento se ha iniciado de oficio y la parte recurrente conocía que iba a recibir una notificación, indicando expresamente un domicilio y debió extremar las precauciones para recibirla.
- La sentencia de esta Sala de 16 de marzo de 2015, sección séptima (recurso 425/2013) analiza un caso particular en que se anuló un acuerdo de derivación de responsabilidad que se había intentado notificar en el domicilio fiscal del interesado, donde ya no residía desde hace 4 años como consecuencia de la separación de su cónyuge. Difiere del supuesto aquí examinado por las mismas razones expuestas en el caso anterior.

Conforme a lo razonado procede desestimar el recurso. Indicar que también se han inadmitido los recursos interpuestos por otros sancionados al haber considerado que se ha presentado el recurso de forma extemporánea. Sentencias de 13 de marzo de 2019 (recursos 29/2018 y 31/2018).

TERCERO: 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 **Dª VAS** contra la resolución de Ministro de Economía y Competitividad de 20 de julio de 2017. Las costas se imponen a la parte actora.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en

el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

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