

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE DICIEMBRE DE
2017**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 227/2013
Ponente: Dª. Berta Santillán Pedrosa
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 26 de marzo de 2013, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 2 de agosto de 2012
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de diciembre de dos mil diecisiete.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, el recurso contencioso-administrativo núm. 227/2013, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. G.F.S., en nombre y en representación de D. C.M.M., contra la resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Competitividad de fecha 26 de marzo de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 2 de agosto de 2012. Ha sido parte en autos la Administración demandada representada por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda en la que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que entendió oportunos solicitó a la Sala que dicte sentencia acordando la nulidad de *"la Resolución de 26/03/2013 del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Competitividad por la que desestimando recurso de REPOSICION previamente interpuesto contra la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 02/08/2012 por la que se imponen a mi representado dos sanciones de separación del cargo con inhabilitación por sendos periodos de 5 años, así como dos multas de 120.000 euros cada una (por un total de 240.000 EUR) por la pretendida comisión de dos infracciones muy graves de los artículos 99.l) y 99.z) bis de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores"*.

SEGUNDO. El Abogado del Estado contesta a la demanda mediante escrito en el que suplica dicte sentencia por la que se desestime el recurso contencioso administrativo interpuesto.

TERCERO. Posteriormente se dio traslado a las partes para que presentaran escritos de conclusiones y una vez aportados se declararon conclusas las presentes actuaciones y quedaron pendientes para votación y fallo.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló para el día 20 de septiembre de 2017 designándose ponente a la Ilma. Sra. Magistrada Dña. Berta Santillán Pedrosa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. En el presente recurso contencioso administrativo se impugna la resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Competitividad de fecha 26 de marzo de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 2 de agosto de 2012.

Dichas resoluciones sancionan a D. C.M.M., en su condición de Presidente, Consejero Delegado y Director General de la entidad SEBROKER BOLSA, S.A., como responsable de la comisión de las siguientes infracciones:

a) Infracción muy grave tipificada en el artículo 99.l) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tanto por la falta de procedimientos, políticas o medidas, como por el incumplimiento de la obligación de separación efectiva a que se refiere el artículo 70 ter del mismo texto legal. Y como responsable se le impuso la sanción de multa por importe de 120.000 euros y la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el número 1 del artículo 84 del mismo texto legal por un plazo de cinco años.

b) Infracción muy grave tipificada en el artículo 99.z bis) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la falta o inaplicación de las medidas y políticas que impone el artículo 70 quáter en materia de gestión de conflictos de interés. Y como responsable se le impuso la sanción de multa por importe de 120.000 euros y la sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el número 1 del artículo 84 del mismo texto legal por un plazo de cinco años.

Concretamente, los hechos que han motivado la imposición de las citadas sanciones han sido: (1) la ausencia de medidas adecuadas y suficientes para mantener la obligatoria separación entre el efectivo por cuenta propia y el recibido de sus clientes, dando lugar a un desfase entre los saldos acreedores de clientes y el efectivo mantenido en entidades de crédito por cuenta de aquellos; y (2) la falta de identificación de conflictos de interés entre clientes vinculados a la Agencia y/o sus administradores o accionistas de control y el resto de clientes, y la ausencia de medidas para gestionarlos, permitiendo la utilización por los administradores de la entidad de información no pública beneficiando a clientes vinculados en perjuicio de los restantes y que ha ocasionado una salida del efectivo de clientes vinculados con carácter previo a la presentación del concurso.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente el objeto del presente proceso se destacan los siguientes hechos que se deducen del expediente administrativo y de las alegaciones de las partes:

a) En la sesión de fecha 24 de marzo de 2011, el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acuerda la incoación de expediente sancionador, entre otros, a D. C.M.M. en su condición de Presidente, Consejero Delegado y Director General de la entidad SEBROKER BOLSA, S.A que se había constituido en abril de 1990.

b) Y en lo que afecta a este proceso se acuerda la incoación del expediente sancionador por la presunta comisión de: (a) una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.l) de la Ley 24/1988, de 24 de julio, del Mercado de Valores, tanto por la falta de procedimientos, políticas o medidas, como por el incumplimiento de la obligación de separación efectiva a los que se refiere el artículo 70 ter del mismo texto legal; y (b) una infracción muy grave tipificada en el artículo 99.z bis) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la falta o inaplicación de las medidas y políticas que impone el artículo 70 quáter en materia de gestión de conflictos de interés.

c) Tras los trámites oportunos, el Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados de Valores acordó en fecha 10 de julio de 2012 elevar propuesta para su resolución por el Sr. Ministro de Economía y Competitividad. Dictándose la resolución sancionadora en fecha 2 de agosto de 2012 que se ha confirmado en reposición por resolución de fecha 26 de marzo de 2013. Resoluciones que constituyen el objeto del presente proceso jurisdiccional.

TERCERO.- En el escrito de demanda presentado por el recurrente se solicita la nulidad de las resoluciones sancionadoras y ello en virtud de las siguientes consideraciones.

a) Vulneración de la debida imparcialidad. Entiende que no ha concurrido la debida imparcialidad que debe presidir la actuación de quienes han sido los instructores del expediente sancionador -empleados de la CNMV- al estar incurso en la causa del artículo 28.2.e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al tener, según refiere, el dominio de la entidad Sebroker y, por tanto, tenían al mismo tiempo la condición de instructores del expediente sancionador y la condición de instructores de la sociedad Sebroker como agencia de valores. Y concluye que, por ello, la instrucción debió realizarse por personal funcionario del Ministerio de Economía.

Igualmente invoca la vulneración del principio de imparcialidad respecto de la Magistrada que había sido designada inicialmente como ponente de la tramitación y resolución del proceso jurisdiccional.

b) Afirma que la Sala debió acceder a la acumulación de este proceso con el que se tramita ante esta misma Sección con el nº 231/2013. E igualmente sostiene que esta Sección debió acceder a la ampliación del presente recurso a las resoluciones administrativas por las que se acordaba la ejecución de las sanciones de multa impuestas en las resoluciones administrativas que constituyen el objeto del proceso jurisdiccional.

c) Se ha vulnerado el principio de tipicidad por cuanto las sanciones ahora impugnadas se han impuesto atendiendo a normas sancionadoras en blanco que carecen de la necesaria concreción en su formulación al definir como conductas infractoras en los tipos infractores expresiones tales como "procedimientos, medidas, políticas...".

d) Falta de antijuridicidad, de culpabilidad y de punibilidad.

e) Vulneración del principio de proporcionalidad en la determinación de las sanciones.

Por el contrario, el Abogado del Estado interesa la desestimación del recurso contencioso administrativo y solicita que se confirmen las resoluciones administrativas impugnadas.

CUARTO.- Centrado el objeto de debate son varias las alegaciones formuladas por el recurrente en su defensa dirigidas a obtener la nulidad de las sanciones impuestas y que se pueden agrupar en defectos formales y en defectos de fondo.

Iniciamos el análisis por las cuestiones de forma invocadas pero exclusivamente en la medida en que los defectos de forma que el recurrente invoca en su demanda puedan afectar a las resoluciones administrativas sancionadoras que constituyen el objeto del presente proceso. Y, por tanto, deben ser defectos formales en la tramitación del expediente sancionador y, entre esos defectos, únicamente corresponde analizar a esta Sala si las sanciones pueden estar afectadas por una tramitación del expediente sancionador que no ha respetado el principio de imparcialidad en relación a los instructores del expediente sancionador respecto de los cuales la recurrente sostiene que están incurso en la causa de recusación del artículo 28.2.e) de la Ley 30/1992. Y se efectúa esa concreción por cuanto el recurrente confunde defectos formales que en su caso podrían afectar a la validez de las sanciones administrativas con defectos que, dice, afectan a la tramitación del proceso jurisdiccional y no a la actividad administrativa sancionadora que revisamos. Alguno de los defectos formales que invoca el recurrente no afectan a la tramitación del expediente administrativo sancionador en cuanto se refieren exclusivamente a la tramitación del proceso jurisdiccional y, por tanto, en ningún caso podrían afectar a la validez de las sanciones administrativas que revisamos. Entre esos defectos formales que afectarían, en su caso, a la tramitación del proceso jurisdiccional se encuentra la alegación relativa a que se ha vulnerado el principio de imparcialidad en relación con la designación inicial en este proceso de la magistrada ponente de este recurso así como la alegación de que se ha vulnerado el principio de concentración de causas al no admitirse la acumulación de procesos jurisdiccionales. Dichas afirmaciones no solo no pueden, en ningún caso, afectar a la validez de las sanciones impugnadas sino que, además, ambas cuestiones se han rechazado por este Tribunal a través de autos firmes.

Debemos rechazar los defectos formales invocados por el recurrente por cuanto en ningún caso podrían ocasionar la nulidad de la sanción por una incorrecta tramitación

del expediente sancionador. Sostiene el recurrente que no se ha respetado el principio de imparcialidad por parte de los instructores del expediente sancionador y ello porque como la CNMV tenía el control de la entidad SEBROKER así como su seguimiento por la vía administrativa de la intervención/suspensión y, además, por la vía judicial por la designación de los administradores concursales, el recurrente concluye que debieron ser funcionarios del Ministerio de Economía, y ajenos a la CNMV, quienes llevasen la instrucción del expediente sancionador. Si se admitieran las afirmaciones que invoca el actor ello supondría que cualquier persona al servicio de la CNMV estaría contaminada y no podría actuar de forma imparcial en la instrucción del expediente sancionador. Por otra parte, no se puede obviar que es la normativa reguladora, y no lo que el recurrente entienda oportuno o conveniente, donde se regula quien y en qué casos debe tramitar y resolver un expediente sancionador. Y en el caso analizado, Ley reguladora del Mercado de Valores ha dispuesto que la instrucción de los expedientes sancionadores que vulneran la normativa de los mercados de valores corresponda a la CNMV mientras que la resolución del citado expediente corresponde al Ministro de Economía. La regulación en una norma no puede implicarse por el criterio que en cada caso, momento y circunstancias convenga al administrado como así pretende al afirmar que el principio de imparcialidad se respetaría si en este caso la instrucción y resolución del expediente sancionador se hubiera realizado por un funcionario del Ministerio de Economía.

Carece, además, de fundamento la alegación de parcialidad referida por el recurrente porque no se efectúa de forma individual y concreta respecto de los instructores del expediente sancionador ya que su alegación realizada de forma tan genérica afectaría a todas las personas que prestan servicio a la CNMV. Y la recusación, para que en su caso pueda ser tramitada, debe realizarse de forma concreta y por causas concretas respecto de las personas instructoras.

QUINTO.- Al recurrente se le ha sancionado como responsable de la comisión de las infracciones muy graves previstas en los artículos 99.l) y 99.z) bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores. La responsabilidad del recurrente, C.M.M., se debe a que tenía el control de las decisiones de la entidad SEBROKER en su condición de accionista con un 30% y porque ocupaba la cima de la estructura organizativa existente en SEBROKER al tener la dirección y control de la gestión ordinaria de la misma al ser Presidente, Consejero Delegado y Director General de la entidad lo que le permitía tener el conocimiento en todas las materias que constituían la actividad de SEBROKER. Y en el ejercicio de sus cargos no fue diligente y no cumplió con algunas de las obligaciones que la regulación del mercado de valores impone a las entidades de inversión colectiva.

La CNMV ha considerado que el recurrente en su cargo directivo no ha adoptado medidas dirigidas a evitar la confusión de las cuentas de la entidad con las cuentas de sus clientes; y, además, no ha sido diligente por cuanto ha favorecido a algunos clientes a quienes se les informó de la mala situación económica de la entidad lo que les permitió retirar sus fondos antes de ser declarada en situación de concurso de

acreedores. Conductas que se tipifican como infracciones muy graves en los artículos 99.l) y 99.z) bis de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, respectivamente.

En el artículo 99.l) se tipifica como infracción muy grave *“la falta de procedimientos, políticas o medidas a los que se refieren los apartados 1 y 2 del artículo 70 ter de esta Ley (...) así como, el incumplimiento de la obligación de separación efectiva recogida en la letra c) del apartado 2 del artículo 70 ter en la forma que se determine reglamentariamente”*.

Concretamente, la CNMV consideró que SEBROKER había utilizado el efectivo confiado por sus clientes, en forma de saldos transitorios, con fines distintos a los derivados de la operativa ordenada por estos. Y por ello entendió que la entidad no había puesto los medios suficientes ni establecido los procedimientos o medidas adecuadas encaminadas a mantener la obligatoria separación del efectivo por cuenta propia y el recibido de sus clientes, generando así un desfase entre el efectivo entregado por estos y el depositado en intermediarios financieros por cuenta de los mismos. Y ese traspaso de efectivo desde cuentas de clientes a las cuentas propias de SEBROKER tenía como finalidad atender a pagos de la actividad ordinaria de la entidad (nominas, impuestos, provisión de fondos al abogado y pagos a otros proveedores) y ello tuvo que realizarse así por la inexistencia de saldo suficiente previo en las cuentas propias de SEBROKER para atender a los mismos. En consecuencia, SEBROKER utilizó el efectivo confiado por sus clientes con fines distintos a los derivados de la operativa ordenada por estos y, por tanto, la entidad y sus cargos directivos - entre los que se encontraba el recurrente- no ha adoptado las medidas organizativas necesarias para proteger los fondos de sus clientes y no ha establecido la separación absoluta a la que estaba legalmente obligada entre las cuentas de efectivo propias de la entidad y las cuentas de clientes de tal manera que los fondos confiados por clientes fueron utilizados de forma indebida para realizar pagos ajenos a la operativa de los mismos. Desfase que la CNMV consideró que se había producido, al menos, entre el 31 de diciembre de 2009 y el 24 de marzo de 2010. Periodo de tiempo que impide entender que pudiera estarse ante un hecho aislado o puntual.

El recurrente no discute los hechos imputados ya que su defensa es que las sanciones son nulas porque se apoyan en un tipo infractor que se denomina norma en blanco e ignoraba que medidas debía adoptar para evitar el incorrecto destino de los fondos procedentes de las cuentas de sus clientes. Afirmación que no compartimos porque es un tipo penal que se ha concretado en numerosos preceptos de la Ley del Mercado de Valores. Técnica legislativa que se ha validado por el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones.

La regulación recogida en la Ley del Mercado de Valores es muy exhaustiva y concreta respecto de las medidas que deben adoptar las sociedades de inversión colectiva. Y en lo que afecta al presente caso regula los requisitos de organización interna de las empresas de servicios de inversión. Así, el artículo 70 ter, apartado 2c) de dicho texto legal dispone que las empresas de servicios de inversión deberán *“adoptar las medidas adecuadas en relación con los fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos*

y evitar una utilización indebida de aquellos. Las entidades no podrán utilizar por cuenta propia fondos de sus clientes, salvo en los supuestos excepcionales que puedan establecerse reglamentariamente y siempre con consentimiento expreso del cliente. Los registros internos de la entidad deberán permitir conocer, en todo momento y sin demora, y especialmente en caso de insolvencia de la empresa, la posición de fondos de cada cliente". El desarrollo de dicha previsión legal se realizó por el artículo 39 -relativo a la protección de los activos de clientes- del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, dispone en su apartado d) que dichas entidades *"deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar: i) que los instrumentos financieros de clientes depositados en un tercero se distingan de los que pertenezcan a la empresa de servicios de inversión y a dicho tercero. Para ello, deberán establecerse cuentas con denominación diferente en la contabilidad del tercero, u otras medidas equivalentes que aseguren un nivel similar de protección. ii) Que los fondos de los clientes estén contabilizados por el depositario en una cuenta o cuentas distintas de aquellas en las que se contabilizan los fondos pertenecientes a la empresa de servicios de inversión";* y en el apartado e) se establece que tendrán que *"adoptar las medidas organizativas necesarias para minimizar el riesgo de pérdida o disminución del valor de los activos de los clientes, o de los derechos relacionados con aquellos, como consecuencia de una mala utilización de los activos, fraude, administración deficiente, mantenimiento inadecuado de los registros o negligencia".*

Y como medida de protección de los saldos pertenecientes a los clientes de las empresas de servicios de inversión, la Orden EHA/848/2005, de 18 de marzo, dispone en el artículo primero, apartado 2 que los saldos de las cuentas acreedoras de carácter instrumental y transitorio que dichas entidades abran a sus clientes en relación con la ejecución de operaciones desarrolladas por cuenta de ellos *"deberán estar invertidos en las categorías de activos líquidos y de bajo riesgo que se determinan en la presente Orden Ministerial".* Y añade el artículo segundo, apartado 1 de la citada Orden que *"en todo caso, deberá existir una separación absoluta entre la cuenta propia de la entidad y la de sus clientes, no pudiéndose registrar posiciones de la entidad y de sus clientes en la misma cuenta".*

Por otra parte, no es posible en este caso que pueda negarse la culpabilidad del recurrente. Ha quedado acreditado que desde el mes de enero de 2009 se realizaron múltiples traspasos de efectivo de las cuentas de los clientes a la de SEBROKER para atender gastos ordinarios de dicha entidad coincidiendo los pagos con la falta de liquidez de SEBROKER para atenderlos. No es creíble que dicha operativa que se produce de forma sistemática y afecta al núcleo de la responsabilidad de la sociedad se deba a un error contable de carácter puntual. Y, por tanto, el recurrente en su condición de Presidente y de Consejero Delegado de la sociedad Sebroker y titular del 30% de las acciones no actuó con la diligencia exigible que requería la adopción de los procedimientos, políticas o medidas necesarias para proteger los fondos depositados por los clientes y evitar su utilización indebida por la sociedad. La entidad utilizó el efectivo confiado por sus clientes en forma de saldos transitorios con fines distintos a los derivados de la operativa ordenada por estos y, por tanto, la entidad no ha adoptado las medidas organizativas necesarias para proteger los fondos de sus clientes y más concretamente no ha establecido la separación absoluta a la que estaba obligada entre

las cuentas de efectivo propias de la entidad y las cuentas de clientes de tal modo que los fondos confiados por clientes fueron utilizados de forma indebida para realizar pagos ajenos a la operativa de los mismos.

Por tanto, los presupuestos del tipo sancionador se han cumplido en su integridad ya que los hechos expuestos demuestran que Sebroker no adoptó las medidas oportunas para garantizar la separación de cuentas. Y el recurrente en su condición de Consejero de dicha entidad asume la responsabilidad de velar por el exacto cumplimiento de dicha normativa, debiendo responder a título de culpa in vigilando por los actos imputados a la sociedad.

SEXTO.- La segunda de las infracciones imputadas se ha tipificado como infracción muy grave en el artículo 99. z) bis de la Ley del Mercado de Valores por *"la falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión..."*. Infracción que se imputa porque la CNMV consideró acreditado que en los dos días previos a la solicitud voluntaria de concurso de acreedores por parte de SEBROKER -que tuvo lugar el 5 de marzo de 2010- se produjo la retirada de efectivo por parte de cinco clientes -todos ellos instituciones de inversión colectiva extranjeras vinculadas con el grupo SEBROKER a través de Adepa Asset Management, SA que era la entidad encargada de la gestión y/o administración de las mismas- que contaban con unos volúmenes en efectivo depositado en SEBROKER muy significativos, ascendiendo la retirada de fondos a 4.625 miles de euros. Y en el inicio del ejercicio 2010 las sociedades Adepa Administration Services, S.L. y Trading Sitematico de Valores, S.L., también clientes de SEBROKER y vinculadas con ella, retiraron de dicha entidad desde cuentas con la consideración de saldos de efectivo de clientes importes de 152 y 110 miles de euros, respectivamente. Estas dos sociedades son propiedad en un 50% cada una del recurrente. Todo ello, pone de manifiesto que la mala situación patrimonial y financiera de SEBROKER que era conocida por sus administradores, entre ellos el ahora recurrente, y esa información se utilizó para que sus clientes más relevantes, vinculados a la propia SEBROKER, retirasen de la misma el efectivo que en ella tenían depositado, de tal manera que no resultaran perjudicados por la situación financiera y patrimonial de la entidad y la solicitud voluntaria de concurso de acreedores beneficiando a unos clientes para que pudieran recuperar totalmente sus activos perjudicando al resto de los clientes que desconociendo dicha situación mantuvieron su liquidez en SEBROKER y que solo han podido recuperar la mitad del efectivo entregado y el resto se ha cubierto por el Fondo de Garantía de Inversores (FOGAIN).

El recurrente no discute la vinculación aludida y que es muy relevadora cuando Adepa Administration Services, S.L. está participada por Sebroker en un 99,96%. Y los clientes que retiraron los fondos estaban administrados por Adepa por lo que el vínculo es incuestionable y no se trata del simple cumplimiento de órdenes de un tercero. Y, por tanto, el recurrente en su condición de Presidente, Consejero Delegado y Director General de Sebroker, permitió que dicha entidad no identificara los conflictos de intereses como consecuencia de la existencia tanto de clientes vinculados a la misma

como respecto de sus administradores, su grupo consolidable o incluso sus accionistas de control. Esa situación se provocó como consecuencia de que no se establecieron medidas efectivas para la correcta gestión del conflicto con el resultado real de que los administradores de la sociedad emplearon información no pública para prevenir los riesgos de determinados clientes.

El recurrente afirma que no se le puede responsabilizar de esos hechos porque el tipo infractor es una norma penal en blanco y no se le ha indicado que conductas le eran exigibles para evitar la situación que se le ha imputado. Nuevamente el tipo infractor se ha concretado en otros preceptos de la misma normativa en los que se indica que medidas deben adoptarse por las entidades de inversión colectiva para evitar conflictos entre los intereses de los clientes y los intereses de la sociedad que se encarga de su gestión. En este sentido el artículo 70 quáter de la LMV, sobre conflictos de interés, indica que *“las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control”,* añadiendo que *“a tales efectos no se considerara suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente”.* Y el desarrollo reglamentario de estas medidas se realizó en los artículos 44 y 45 del Real Decreto 217/2008 que establecen los criterios de identificación de los conflictos de interés y la política de gestión de los mismos, entre otras cuestiones.

También en relación con esta segunda infracción concurren los elementos del tipo infractor, pues la falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, hizo posible que el recurrente, que como Presidente y Consejero Delegado de Sebroker, tenía conocimiento de la mala situación patrimonial y financiera de la entidad, aprovechara dicha información para que los clientes vinculados a Sebroker o a el mismo, retirasen el efectivo que tenía depositado, para no resultar perjudicados por la mala situación financiera de la entidad y por la solicitud de concurso de acreedores, beneficiando de esta manera a dichos clientes vinculados que recuperaron la totalidad de sus activos con anterioridad a la solicitud del concurso de acreedores, beneficiando de esta manera a dichos clientes vinculados, que recuperaron la totalidad de sus activos con anterioridad a la solicitud del concurso de acreedores, con perjuicio del resto de clientes que mantuvieron la liquidez en Sebroker con posterioridad a la solicitud del concurso y que solo pudieron recuperar aproximadamente la mitad del efectivo depositado, sin perjuicio de que el resto de las cantidades adeudadas hayan sido cubiertas por el Fondo de Garantía de Depósitos.

El recurrente, como Presidente, Consejero delegado y Director General de Sebroker Bolsa, Agencia de Valores, S.A. y accionista de la sociedad en un 30%, es responsable de las conductas analizadas por aplicación de lo dispuesto en el artículo 95 de la LMV que establece que incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable, las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la indicada ley *“así*

como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas”, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores. Y el recurrente como consecuencia del cargo que ocupaba tenía la obligación de asegurar una adecuada gestión societaria mediante la adopción de las medidas necesarias para tal fin, disponiendo de los medios jurídicos necesarios, siendo claro el incumplimiento de la actividad impuesta por el ordenamiento jurídico, a título al menos de culpa o negligencia, al no haber utilizado los medios de los que disponía, sin que se haya acreditado en el presente caso que la parte recurrente desplegara algún tipo de actuación para tratar de esclarecer y resolver la conducta infractora, ni que concurrieran circunstancias impeditivas de la actuación exigible.

SEPTIMO.- Queda por analizar la alegación de vulneración del principio de proporcionalidad. El recurrente considera que, al no concurrir circunstancias agravantes, las sanciones debieron imponerse en su grado mínimo.

Esta Sección no admite dicha afirmación. En este caso, la resolución motiva y justifica porque impone las sanciones impugnadas al determinar que se tuvo en cuenta la naturaleza y la entidad de la infracción, la gravedad de los perjuicios causados y la importancia de la entidad, así como la absoluta falta de diligencia del recurrente en la gestión que permite calificarse como de culpa grave tomando en consideración los cargos que ostentaba en la administración de Sebroker. Por tanto, las sanciones se han impuesto en su grado medio por lo que no concurriendo ninguna circunstancia atenuante, deben entenderse que no son desproporcionadas.

Las anteriores conclusiones se han confirmado por el Tribunal Supremo en la reciente sentencia dictada en fecha 16 de noviembre de 2017 en el recurso de casación nº 1963/2015 que confirmó la sentencia que había dictado esta misma Sección en fecha 16 de abril de 2015 en la que se analizaba la misma resolución administrativa objeto del presente proceso por la se imponían las mismas sanciones y por los mismos hechos a A.R.D., Consejero de la entidad Sebroker.

OCTAVO.- Lo expuesto nos lleva a desestimar el presente recurso contencioso administrativo y con arreglo a lo dispuesto en el art. 139.1 de la LJCA se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo núm. 227/2013, promovido por la Procuradora de los Tribunales Dña. G.F.B., en nombre y

en representación de D. C.M.M., contra la resolución dictada por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Competitividad de fecha 26 de marzo de 2013 que desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 2 de agosto de 2012 y, en consecuencia, se confirma por ser ajustada a derecho.

Se imponen a la parte actora las costas procesales causadas en esta instancia.

Así por esta nuestra Sentencia, que se notificará en la forma prevenida por el art. 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y contra la que cabe 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, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.