

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE MAYO DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 382/2010
Ponente: Dña. Ana Isabel Resa Gómez
Acto Impugnado: Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 14 de abril de 2010 que confirma en reposición Resolución del Vicepresidente del mismo Organismo de fecha 12 de marzo de 2010.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidós de mayo de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 382/2010 y acumulado 388/10 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procurador don R.R.M., en nombre y representación de SEBROKER BOLSA AGENCIA DE VALORES SA., contra Resolución de fecha 14 de abril de 2.010 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre programa de retorno del nivel mínimo de recursos propios exigibles; 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 17 de junio de 2010, 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, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"SUPLICO A LA SALA que tenga por presentado escrito junto con los documentos acompañados, en la representación que ostento de SEBROKER BOLSA AGENCIA DE VALORES SA, acuerde su unión a los autos junto con los documentos que se acompañan y tenga por formulada en tiempo y forma por mi representada, demanda contra la resolución de fecha 14 de abril de 2.010, dictada por la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, la admita y seguido que sea el procedimiento por todos sus trámites, con recibimiento del mismo a prueba que se interesa desde el momento, se sirva dictar en día Sentencia por la que revocando la resolución impugnada, declare:

- a) La nulidad de la resolución de fecha 12 de marzo de 2010 adoptada por el Vicepresidente de la CNMV.*
- b) La nulidad de las actuaciones posteriores a dicha resolución anulada.*
- c) La aprobación de programa de retorno al cumplimiento del nivel mínimo de recursos propios exigibles, de fecha 19 de diciembre de 2009, por silencio administrativo positivo.*
- d) Subsidiariamente, la revocación de la resolución de fecha 14 de abril de 2010 dictada por la CNMV aprobando el programa de retorno al cumplimiento el nivel mínimo de recursos propios exigibles de fecha 19 de diciembre de 2009.*
- e) La imposición de las costas a la administración actuante si se opusiera a las peticiones de esta parte."*

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 solicitó: *"dicte Sentencia por la que se desestime el presente recurso con imposición de costas a la parte recurrente."*

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, 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 21 de mayo de 2013 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló, habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. ANA ISABEL RESA GÓMEZ, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación la Resolución de la CNMV de 16 de abril de 2010 por la que se desestima el recurso de reposición formulado contra la resolución del Vicepresidente de la CNMV de fecha 12 de marzo de 2010 por la que se deniega la solicitud de aprobación del programa de retorno al cumplimiento del nivel mínimo de recursos propios exigibles que consta en el escrito presentado por la entidad en fecha 18 de diciembre de 2009.

SEGUNDO.- Los motivos de recurso alegados en la demanda son:

- A) Indefensión por ausencia de motivación de la resolución impugnada, sin que se entienda subsanado por la resolución del recurso de reposición.
- B) Nulidad de la resolución de fecha 12 de marzo de 2010 por considerar que se infringe el artículo 113 del RD 216/08, produciendo indefensión.
- C) Cumplimiento de los requisitos para autorizar el programa de retorno al cumplimiento del nivel mínimo de recursos propios exigibles por silencio administrativo positivo.
Subsidiariamente, el plan reúne todos los requisitos del artículo 113 del Real Decreto 216/08.

TERCERO.- Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída sobre la falta de motivación, siendo clara y rotunda en cuanto a la exigencia de la misma.

La jurisprudencia, en efecto, define la motivación como *"la exteriorización de las razones que sirvieron de justificación, de fundamento, a la decisión jurídica contenida en el acto, como necesaria para conocer la voluntad de la administración, tanto en cuanto a la defensa del particular, que por omitirse las razones se verá privado o, al menos, restringido en sus medios y argumentos defensivos, como respecto al posible control jurisdiccional si se recurriese contra el acto."*

Como ha puesto de relieve igualmente la doctrina científica, la motivación es un medio técnico de control de la causa del acto, y de ahí que no se trate de un simple requisito meramente formal, sino de fondo, que no se cumple mediante el empleo de cualquier fórmula convencional, sino que ha de ser suficiente, esto es, ha de dar razón plena del proceso lógico y jurídico determinante de la decisión, debiendo realizarse con la amplitud necesaria para el debido conocimiento de los interesados y su posterior defensa de derechos.

En el caso que ahora nos ocupa la falta de motivación del acto administrativo originario ha sido convalidada a través de la resolución del recurso de reposición, al acompañarse la propuesta de resolución en la que se ha fundado la decisión del Vicepresidente, de manera que el recurrente ha podido conocer y consecuentemente accionar contra los motivos por los que se ha denegado la aprobación del programa de retorno, sin que en ningún caso se haya generado indefensión.

CUARTO.- Y en cuanto a la cuestión relativa al carácter positivo del silencio administrativo que el artículo 113 del RD 216/08, de 15 de febrero establece y la extemporaneidad de la notificación del acuerdo igual suerte desestimatoria debe correr por cuanto la resolución fue debidamente notificada o, en su caso, intentada notificar, el 15 de marzo de 2010, antes de que finalizara el plazo de tres meses indicado en el artículo 113 del referido RD, al constar que el Presidente de la compañía don C.M.M., no quiso recibir dicha notificación, procediéndose por parte de los interventores de la Agencia nombrados por la CNMV a levantar una diligencia dejando constancia de tal hecho, diligencia que tampoco firmó tal y como hacen constar los dos interventores referidos, por lo que no ha lugar a pronunciarse sobre el carácter y consecuencias del silencio administrativo.

QUINTO.- Y entrando ya en el fondo de la cuestión litigiosa es necesario poner de manifiesto la existencia de dos acuerdos con los que la resolución impugnada guarda estrecha relación, a saber: la resolución de la CNMV de 14 de abril de 2010 por la que se denegó el levantamiento de la suspensión solicitada, y cuya impugnación fue objeto de recurso ante esta misma Sala y Sección (recurso nº 384/2010), desestimado por sentencia de fecha 6 de junio de 2012 y acuerdo de revocación de fecha 7 de octubre de 2010, recurso 741/10 desestimado por sentencia de 22 de octubre de 2012.

Es precisamente en esta última sentencia que resuelve la cuestión de fondo ahora planteada, al negar la actora la existencia de causas de revocación y el incumplimiento sobrevenido de los requisitos necesarios para la autorización, donde se señala.

"La Ley de Mercado de Valores dispone en su artículo 73: " La autorización concedida a una empresa de servicios de inversión o a una de las entidades a que se refiere el artículo 65.2 de esta Ley o a una sucursal de una entidad con sede en Estados no comunitarios podrá revocarse en los siguientes supuestos:

e) Si incumple de forma sobrevenida cualquiera de los requisitos para la obtención de la autorización, salvo que se disponga alguna otra cosa en relación con los citados requisitos.

f) En caso de incumplimiento grave, manifiesto y sistemático de las obligaciones previstas en las letras b, d y h del artículo 70.1 de la presente Ley...

h) Si la empresa de servicios de inversión o la persona o entidad es declarada judicialmente en concurso..."

El artículo 75 dice: "La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá suspender, con carácter total o parcial, los efectos de la autorización concedida a una empresa de servicios de inversión. Cuando la suspensión sea parcial, afectará a algunas actividades o al alcance con el que éstas se autorizaron."

Y el artículo 76 que: "La suspensión a que se refiere el artículo anterior podrá acordarse cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

b) Cuando se dé alguna de las causas previstas en las letras e, f, h, j, o l del artículo 73, en tanto se sustancie el procedimiento de revocación.

2. La suspensión sólo se acordará cuando, dándose una de las causas previstas en el número anterior, la medida sea necesaria para asegurar la solvencia de la entidad o para proteger a los inversores...

3. La medida de suspensión de actividades se acordará y producirá sus efectos según lo previsto en el artículo 74, salvo cuando se dé algún supuesto que tenga un régimen específico en esta Ley."

Ya la Sala en la sentencia de fecha 6 de junio de 2012 tuvo ocasión de constatar la existencia, cuando menos, de una causa de revocación de la autorización, algo que en todo momento se admite por la recurrente, a saber: la entidad está en procedimiento de concurso de acreedores, lo que de por sí ya constituye un motivo de revocación de la autorización con arreglo al transcrito precepto.

Continúa señalando la sentencia de 22 de octubre de 2012 que "Los hechos puestos de manifiesto en la propuesta, y en ningún momento desvirtuados por la actora pusieron de manifiesto una situación de extrema gravedad en los siguientes aspectos puestos de relieve por la CNMV:

Ante ello concluye la Propuesta:

"Los anteriores hechos ponen de manifiesto una situación de extrema gravedad en los siguientes aspectos:

- Existe una clara deficiencia de las medidas establecidas por la entidad en relación con los fondos confiados por sus clientes, que ha dado lugar a la utilización indebida de los mismos.

- Existe incertidumbre generalizada sobre los recursos propios de la entidad y de sus exigencias, dada la falta de presentación de los estados reservados de solvencia desde el mes de febrero de 2010, así como por su incumplimiento grave y sistemático, llegando a ser incluso negativos sus recursos propios.

- La entidad ha sido declarada judicialmente en concurso de acreedores. - La Agencia se encuentra inmersa en causa de disolución forzosa.

Estos hechos impiden, como se ha señalado reiteradamente, el desenvolvimiento normal de la entidad en el ámbito financiero. La continuidad operativa de la entidad supondría

trasladar los efectos de las incertidumbres al resto de agentes del sistema (otros intermediarios, depositarios de valores, etc.) y a los inversores, lo que dañaría la integridad del mercado y la protección de los inversores, principios fundamentales destacados por la Ley del Mercado de Valores que deben ser preservados en todo momento.

Por todo ello, procede revocar la autorización para prestar servicios de inversión en su día concedida a la Agencia."

En definitiva, resulta acreditado en el expediente la concurrencia de los requisitos establecidos en la letra e) del artículo 73, puesto que existe un déficit de recursos propios que implica el incumplimiento del requisito de mantenimiento de recursos propios que da lugar a una incertidumbre sobre la solvencia de la entidad (...).

Es evidente que la Agencia no ha adoptado las medidas adecuadas, en relación con los fondos que les han confiado los clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de los mismos, lo que supone una de las causas de revocación como antes se ha señalado. De hecho, a pesar de la resolución de la CNMV instando la individualización de saldos de los clientes, aún no ha sido posible su ejecución por la inadecuada segregación de los mismos, circunstancia que está obligando a los administradores concursales a realizar un minucioso trabajo de análisis de los saldos de clientes, a efectos de poder separar éstos de los propios de la Agencia.

En todo caso, los fondos de la Agencia resultan insuficientes para restituir a los clientes el efectivo confiado, lo que pone claramente de manifiesto la insuficiencia de las medidas adoptadas por la Agencia y, desde luego, el incumplimiento del requisito establecido en el artículo 70.ter.2.C en cuanto a que deben "permitir conocer, en todo momento y sin demora, (...) la posición de fondos de cada cliente".

La gravedad de esta situación radica, entre otras razones, en el propio hecho de que no exista correspondencia total entre los saldos confiados por los clientes para realizar operaciones y su materialización patrimonial, y ello con independencia de su importe. Pero además, cabe señalar que, en este caso, no se trata de un desfase menor o puntual sino sistemático, de manera que el importe del déficit supone algo más de un tercio de los saldos de dinero confiados por los inversores y afecta a éstos en su conjunto.

Es éste uno de los hechos más graves que pueden afectar a una empresa de servicios de inversión, pues incide en el patrimonio confiado por sus clientes para la prestación de servicios e introduce un elemento de inseguridad para los inversores, de desconfianza en la entidad que obliga a activar los denominados sistemas de garantía de inversiones, situación que es previsible que se produzca en el caso que nos ocupa al existir varios inversores que ya han presentado las oportunas reclamaciones para que el Fogain efectúe el reembolso de sus posiciones.

Esta posible intervención del sistema de garantía agrava aún más la situación, pues se traslada al conjunto de entidades del sector (los aportantes del fondo) el pago de la cobertura del desfase.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la autorización de una agencia de valores constituye lo que doctrinalmente se conoce como una autorización de funcionamiento, cuya vigencia se prolonga mientras las entidades son capaces de desarrollar sus actividades con normalidad, generando una relación permanente con la Administración, pero también con el resto de intermediarios del mercado financiero y principalmente con los inversores.

La manifiesta incapacidad de la Agencia para evitar la utilización indebida de los fondos de los clientes y sus graves consecuencias para el sistema en su conjunto, impiden a la entidad desenvolverse en adelante con normalidad en el mercado financiero, generando una situación de excepcional gravedad para la protección de los inversores, pero que se extiende, por la complejidad inherente a las operaciones financieras, a otros intermediarios, sistemas de compensación y liquidación, mercados, etc., todos ellos de intervención necesaria en la operativa con los clientes, por lo que la revocación de la autorización resulta por esta causa asimismo inevitable, con objeto de no extender estas incertidumbres al sistema y afectar a la confianza en el mismo.

Este incumplimiento, por tener carácter de grave y sistemático, como ya se ha señalado, constituye además una causa de revocación recogida en la letra f) del artículo 73 de la LMV.(...)En cualquier caso, como ya se ha indicado, de los análisis efectuados en el curso de la Intervención de la Agencia se evidenció la existencia, a fecha 17 de marzo de 2010, de un déficit de saldos por cuenta de clientes por importe de 66) 863,01 euros (como consta en la documentación que se adjunta a esta propuesta).

En consecuencia, las alegaciones formuladas por la Agencia no desvirtúan los fundamentos de la resolución adoptada, por lo que procede seguir considerando existente la causa de revocación contemplada en la letra e) del artículo de la LMV."

En definitiva, no sólo concurría una de las causas legalmente previstas, sino cuatro motivos para la revocación de la autorización para actuar como empresa de servicios de inversión (artículo 73 e), f), h) y k) de la Ley del Mercado de Valores).

6. También queda acreditado en el expediente la insuficiencia de los fondos de las cuentas de clientes para cubrir sus posiciones, lo que significa que la entidad no ha mantenido la exigible y debida separación entre sus fondos y actividad y la desarrollada por cuenta de sus clientes y da lugar a la causa de revocación de la autorización prevista en la letra f) del artículo 73 en relación con el artículo 70.ter en su apartado 2 c) de la Ley del Mercado de Valores .(...)

La entidad está en procedimiento de concurso efectivamente, lo que de por sí, como ya decíamos es un motivo de revocación de la autorización.

En este sentido la Sala comparte también las apreciaciones de la resolución impugnada cuando se atiende a la propuesta de revocación en los siguientes términos:

"En relación con la declaración judicial de concurso:

Con fecha 23 de marzo de 2010, el Juzgado de lo Mercantil nº 8 de Barcelona dictó auto de declaración de concurso voluntario de la Agencia, presentado, conforme al Art. 6.1 de la Ley Concursal, el 5 de marzo.

La Agencia señala en su escrito de alegaciones la injusticia de la medida, en caso de que sólo por la solicitud de concurso de acreedores se revocase la autorización y que aunque esta causa de revocación no se puede negar, debe ser ponderada por la CNMV ya que la solicitud de concurso ha sido voluntaria y no necesaria.

En primer lugar, hay que recordar que la Ley es muy clara a este respecto estableciendo que el concurso es una causa de revocación, sin que requiera que esta situación deba ir acompañada de otras para su concurrencia. Es más, como establece el artículo 7+2 sólo requiere en su procedimiento de la mera audiencia a la entidad interesada; o lo que es lo mismo: el legislador ha interpretado que las implicaciones de la declaración judicial de concurso de acreedores son tan graves para una empresa de servicios de inversión que, para su revocación "basta con dar audiencia a la entidad interesada".

Por otra parte, el artículo 73.h de la Ley no distingue, al tratar la declaración judicial de concurso como causa de revocación, entre la declaración voluntaria y la necesaria, por lo que hay que entender que ambas declaraciones judiciales son suficientes para la revocación. Tampoco son relevantes las causas que hayan llevado a la Agencia a la situación de concurso, sino que se han trasladado sus efectos a los inversores y al resto del sistema. En este sentido, el concurso es uno de los supuestos de activación inmediata de la garantía que el fondo de garantía de inversiones ofrece a los inversores, sin necesidad de trámite administrativo alguno.

En segundo lugar, en el caso que nos ocupa no es la única causa de revocación, pero aunque lo fuera, se trata de una situación de especial gravedad -ya que alcanza a la restitución del patrimonio confiado por los inversores- por lo que resulta imposible imaginar que la entidad pueda desenvolverse con normalidad en el mercado financiero sin trasladar los riesgos de su insolvencia, tanto a los inversores como al resto de los agentes que operan en el mercado (mercados, sistemas de garantía de inversores, sistemas de compensación y liquidación, depositarios de valores, cámaras y en general, resto de intermediarios), por lo que ponderando la situación, la CNMV entiende no cabe otra alternativa que la revocación de su autorización para la prestación de servicios de inversión." (...)

En definitiva, las alegaciones formuladas por la Agencia no desvirtúan los fundamentos de la resolución adoptada, por lo que procede seguir considerando existente la causa de revocación contemplada en la letra h) del artículo 73 de la LMV.

De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la Resolución Impugnada por su conformidad a Derecho."

Pues bien, tal fundamentación es totalmente aplicable al presente caso ya que si las circunstancias concurrentes que motivaron la revocación de la autorización han sido confirmadas por esta Sala en la referida sentencia, razón de más para considerar la improcedencia de aprobar el plan de retorno, cuya denegación es el objeto del presente recurso.

SEXTO.- Los anteriores razonamientos nos llevan a desestimar el presente recurso, sin que existan méritos que aconsejen un especial pronunciamiento sobre las costas causadas, a tenor de lo establecido en el artículo 139 de la LRJCA.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. Dña. Ana Isabel Resa Gómez, Magistrada de la Sección.

FALLO

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

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de SEBROKER BOLSA AGENCIA DE VALORES SA., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 16 de abril de 2010, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma 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.