

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ062819

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1749/2017, de 16 de noviembre de 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 1963/2015

SUMARIO:

Procedimiento sancionador. Mercado de valores. Principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones. Utilización de información privilegiada por parte de los directivos y responsables de la entidad que pueda ser empleada para advertir a determinados clientes sobre las graves dificultades financieras de la misma, desconocidas por el resto de clientes, y de esta forma evitarles perjuicios económicos, beneficiando de esta manera a dichos clientes vinculados, que recuperaron la totalidad de sus activos con anterioridad a la solicitud del concurso de acreedores. Como consecuencia del cargo que ocupaba de consejero delegado y secretario del consejo 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.

PRECEPTOS:

Ley 24/1988 (LMV), arts. 70 ter, 84.1, 95, 99 I) y 105.

RD 217/2008 (Reg. Jur. de las empresas de servicios de inversión), arts. 39, 44, 45, 46, 47 y 48.

Ley 30/1992 (LRJPAC), art. 131.3.

RDLeg. 4/2015 (LMV), arts. 185, 233, 271, 283, 284 y 306.

PONENTE:*Don José María del Riego Valledor.***SENTENCIA**

En Madrid, a 16 de noviembre de 2017

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 1963/2015, interpuesto por don Enrique representado por la Procuradora de los Tribunales doña Beatriz Ruano Casanova, contra la sentencia de 16 de abril de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 316/2013, sobre infracciones de la Ley del Mercado de Valores, en el que ha intervenido como parte recurrida la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor

ANTECEDENTES DE HECHO**Primero.**

La Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, dictó sentencia el 16 de abril de 2015, con los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:



«Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la parte recurrente.»

Segundo.

Notificada la sentencia, se presentó escrito por la representación procesal de don Enrique ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, manifestando su intención de interponer recurso de casación, y la Letrada de la Administración de Justicia, por diligencia de ordenación de 14 de mayo de 2015, tuvo por preparado el recurso, con emplazamiento de las partes ante esta Sala del Tribunal Supremo.

Tercero.

La indicada parte recurrente presentó, con fecha 29 de junio de 2015, escrito de interposición del recurso de casación, en el que expuso los motivos en que se fundamentaba, y solicitó a esta Sala que dicte sentencia que estime el recurso, case la sentencia recurrida, y estime la demanda formulada por la parte recurrente, con imposición de costas a la demandada.

Cuarto.

Por auto de la Sección 1ª de esta Sala, de fecha 22 de octubre de 2015 , se acordó:

«1º.- Inadmitir el primer motivo del recurso de casación nº 1963/2015, interpuesto por D. Enrique contra la sentencia de 16 de abril de 2015, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 6ª) de la Audiencia Nacional dictada en el recurso nº 316/2013 .

2º.- Y admitir el segundo motivo; y para la sustanciación del recurso de casación, en la parte que ha sido admitido, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de la Sala, de conformidad con las normas de reparto de asuntos.

3º.- Sin costas.»

Quinto.

Se dio traslado a la parte recurrida, para que manifestara su oposición, lo que verificó el Abogado del Estado por escrito de 7 de enero de 2016, en el que solicitó la desestimación del recurso.

Sexto.

Conclusas las actuaciones, se señaló para votación y fallo el día 7 de noviembre de 2017, fecha en que tal diligencia ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Se interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de 16 de abril de 2015 , que desestimó el recurso interpuesto por D. Enrique , también aquí parte recurrente, contra la resolución del Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 26 de marzo de 2013, que desestimó el recurso de reposición contra la Orden Ministerial de 2 de agosto de 2012.

Hacemos una referencia a los antecedentes de la sentencia impugnada, para una mejor comprensión de las cuestiones planteadas.

La Orden del Ministro de Economía y Hacienda, de 2 de agosto de 2012 resolvió el expediente sancionador incoado, entre otros a D. Enrique , por acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), imponiéndole las siguientes sanciones:



I. Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 I) de la Ley 24/1998 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, sanciones de multa por importe de 120.000 euros y 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 5 años.

II. Por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra z) bis, de la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores , por la falta o inaplicación de las medidas y políticas que impone el artículo 70 quarter en materia de gestión de conflictos de interés, sanciones de multa de 120.000 euros y 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 5 años.

El recurso de reposición interpuesto contra la indicada Orden fue desestimado por acuerdo del Ministro de Economía y Competitividad de 26 de marzo de 2013, y el recurso contencioso administrativo interpuesto contra ésta y la anterior resolución, fue desestimado por la sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional contra la que se interpone el presente recurso de casación.

Segundo.

El recurso de casación se articula en dos motivos, el primero formulado al amparo del apartado c) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción, y el segundo por el cauce del apartado d) del mismo precepto legal , si bien, como se ha indicado en el Antecedente de Hecho Cuarto de esta sentencia, el primero de estos motivos fue inadmitido por el auto de esta Sala de fecha 22 de octubre de 2015 .

El motivo segundo del recurso de casación aparece dividido en cuatro apartados o submotivos, en los que la parte recurrente alega que la sentencia impugnada incurrió en las siguientes infracciones de normas legales:

1) Infracción del artículo 99 I) de la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), por mantener la sociedad Sebroker Bolsa Agencia de Valores S.A. la separación entre las cuentas de clientes y la cuenta propia de la sociedad, y aunque admite que se produjo un error en unos apuntes contables, que produjo un desfase ocasional y aislado, señala que se adoptaron las medidas para su corrección, sin que se pueda exigir al recurrente una actuación más diligente.

2) Infracción del artículo 99 z) bis de la LMV, porque el recurrente no ostentaba cargo alguno en la sociedad cuando se produjo la infracción imputada, por lo que no cabe imputarle responsabilidad alguna.

3) Infracción del artículo 95 LMV, pues de los hechos probados resulta que no cabe atribuir responsabilidad alguna al recurrente, al no concurrir conducta dolosa o negligente por su parte.

4) Infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992 , por vulneración del principio de proporcionalidad en las sanciones impuestas.

Tercero.

El primer apartado del motivo segundo del recurso se refiere a la infracción muy grave del artículo 99.I) de la LMV, por la falta de procedimientos, políticas o medidas de separación efectiva de las cuentas de clientes y de la empresa de servicios de gestión, y sobre la concurrencia de dicha infracción la sentencia impugnada efectuó las siguientes consideraciones (FD 4º):

La primera de las infracciones imputadas al recurrente se refiere a la prevista en la letra I) del artículo 99 de la LMV en relación con el artículo 70 ter, 2 c, debe ser confirmada y ello por las razones expuestas en la resolución recurrida y lo alegado por el Abogado del Estado. En esencia debemos concluir que el recurrente no ha desvirtuado ni justificado, el traspaso de fondos de las cuentas de los clientes a las de la sociedad para atender pagos ajenos a su operativa, con infracción del citado artículo y del 39. d) del RD 217/2008 y del 1.2 de la Orden EHA/848/2005 de 18 de marzo.

Resulta acreditada, desde enero de 2009, la existencia de múltiples traspasos de efectivo, de las cuentas de los clientes a las de Sebroker para atender gastos ordinarios de dicha entidad (como por ejemplo pago de nóminas) coincidiendo con los pagos la falta de liquidez de Sebroker para atenderlos. No puede, como pretende la recurrente, tener por cumplidas las obligaciones legalmente impuestas por la mera existencia de cuentas separadas

de clientes y sociedad, ya que lo relevante es el indebido traspaso de fondos efectuado. Pretender justificar dichos movimientos, de forma exclusiva, por el pago de comisiones, no puede ser admitido, a pesar del esfuerzo argumental de la recurrente, que niega las evidencias. De forma singular cabe decir que constituyen cantidades expresadas en cifras redondas, lo que casa mal con las comisiones producto de un corretaje y además, que durante 2009, según la propia documentación aportada por Sebroker, los movimientos de traspaso entre las cuentas de efectivo entre clientes y sociedad ascendió a 6,06 millones de euros, superando los ingresos por servicios prestados por Sebroker que fueron de 4,57 millones de euros.

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 puro error contable de carácter puntual, máxime teniendo en cuenta las propias declaraciones de los administradores de Sebroker en sentido contrario (informe de 5 de julio de 2010 dirigido al Juzgado de lo Mercantil que hablan de la "contaminación" de las cuentas de los clientes, con un desfase a la fecha de declaración del concurso, 23 de marzo de 2010, de 0,93 millones de euros. En definitiva y este es un hecho expresamente admitido por el recurrente, se produjo un desfase entre las diferentes cuentas, por lo que la cuestión a precisar es la de si existió o no culpabilidad por su parte.

La prueba practicada, informes periciales aportados en vía administrativa a los que se remite el recurrente, no despejan estas dudas, pues, con independencia de los defectos formales en que incurrían y que, con detalle subrayó el Abogado del Estado, (falta de firma en el de 13 de marzo de 2010 que además computa como líquidos créditos a cobrar por Sebroker, falta de cita del soporte documental en el de 26 de enero de 2011 y admisión expresa de un desfase de 319 mil euros en el de 31 de diciembre de 2009), lo cierto es que no desvirtúan la existencia del hecho principal antes consignado: la recurrente carecía de liquidez para hacer efectivos sus compromisos con los clientes, y dio lugar a la intervención del FOGAIN que tuvo que cubrir 750.000 euros de clientes, que no pudieron ser atendidos por la caja de Sebroker. En el mismo sentido, el dictamen de 25 de junio de 2011 que cuantifica el desfase en 345.000 euros. No puede aceptarse la tesis del recurrente y que aparece como regla general en los referidos informes en el sentido de que la realización de determinados activos equivale a liquidez, pues la normativa citada es clara en cuanto a dicha exigencia.

Los presupuestos del tipo sancionador se han cumplido en su integridad, pues los hechos anteriores 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, que no consta que haya recurrido la sanción que le fue impuesta.

Expresamente debe rechazarse el argumento del recurrente relativo a su exoneración de responsabilidad dado que había cesado en sus funciones el 25 de febrero de 2010, pues, como se ha indicado, los desfases se producen de forma sistemática a lo largo de todo el año 2009.

El artículo 99.I) de la LMV en la redacción aplicable a los hechos, 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."

El artículo 70 ter de la LMV, bajo la rúbrica de requisitos de organización interna, establece en su apartado 2.c) 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 aquéllos. 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 reglamentario a que se refiere el precepto se llevó a cabo por el Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, que en su artículo 39, sobre protección de los activos de los clientes, impone a las entidades que presten servicios de inversión determinadas obligaciones, entre ellas, en la letra d), la de 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.

Tales disposiciones resultaron infringidas, de acuerdo con los hechos que declara probados la sentencia impugnada, antes reproducidos, que ponen de manifiesto que desde enero de 2009 existieron múltiples traspasos de efectivo de las cuentas de los clientes a las cuentas de Sebroker, para atender gastos ordinarios de la entidad, como por ejemplo el pago de nóminas, coincidiendo con los períodos de falta de liquidez de Sebroker para atender dichos pagos.

La sentencia impugnada rechaza, además, las alegaciones e informes periciales aportados por la parte recurrente, que sostenían que la citada operativa se debía a un puro error contable de carácter puntual, como insiste ahora la parte en este motivo, porque los traspasos entre cuentas se producían de forma sistemática y porque los informes aportados no desvirtúan el hecho de que la empresa de servicios de inversión carecía de liquidez para hacer efectivos sus compromisos con los clientes, como lo demuestra la intervención del Fondo de Garantía de Inversiones, que tuvo que asumir el pago de 750.000 euros para cubrir los saldos de los clientes que no pudieron ser cubiertos con la liquidez existente.

Estas conclusiones valorativas efectuadas por la sentencia impugnada no pueden ser revisadas en este recurso de casación, salvo en el supuesto excepcional de valoración arbitraria o irrazonable de la prueba, que la parte recurrente no invoca.

Los hechos declarados probados por la sentencia impugnada muestran que concurren los requisitos del tipo infractor, pues como ha quedado acreditado en la instancia, se produjeron múltiples traspasos de efectivo de las cuentas de clientes a las propias de la empresa de servicios de inversión, que fueron destinados a atender el pago de gastos corrientes de la entidad, generando un desfase entre el importe de los saldos de los clientes y el efectivo depositado en las cuentas a cuenta de aquellos, lo que pone de manifiesto que tanto la empresa de servicios de inversión Sebroker Bolsa S.A., y en lo que interesa ahora, la parte recurrente en su condición de consejero de la sociedad y titular del 29,60% de las acciones, no actuaron con la diligencia exigible, que requería la adopción de los procedimientos, políticas o medidas necesarios para proteger los fondos depositados por los clientes y evitar su utilización indebida por la sociedad, y en definitiva, no garantizaron la separación de las cuentas de los clientes y de la entidad, con infracción del apartado 2.c) del artículo 70 ter LMV.

Cuarto.

El segundo apartado del motivo segundo del recurso cuestiona la infracción muy grave del artículo 99.z) bis de la LMV, por la falta o inaplicación de las políticas y medidas exigibles en materia de gestión de conflictos de interés.

La sentencia impugnada estimó acreditada la indicada infracción muy grave con los siguientes razonamientos (FD 5º):

Por lo que respecta a la segunda de las infracciones que se le imputan, prevista en el artículo 99 z), en relación con el artículo 70 quater de la LMV, tampoco podemos aceptar los planteamientos de la recurrente por parecernos más convincentes los argumentos contenidos en la resolución impugnada y en la detallada respuesta ofrecida por el Abogado del Estado.

Resulta ser un hecho incuestionado que en los dos días inmediatamente anteriores al 5 de marzo de 2010, fecha en la que se presentó el concurso voluntario, se produjo una importante retirada de efectivo de Sebroker por parte de cinco clientes vinculados a través de Adepa Asset Management, que actuaba como gestora. La retirada de fondos ascendió a 4.625 miles de euros, lo que no fue sino la confirmación de retiradas previas desde el inicio del ejercicio de 2010, también de clientes vinculados, por importe de 152 y 110 miles de euros (Adepa Administration Services SL y Trading Sistemático Valores SL). Estas dos sociedades son propiedad en un 50% cada una del recurrente.

Esta salida importante de fondos de Sebroker, siempre de clientes vinculados a la misma, su grupo consolidable o sus accionistas de control, pone de manifiesto la vulneración de las estrictas reglas establecidas para evitar justamente la utilización de información privilegiada por parte de los directivos y responsables de la entidad que pueda ser empleada para advertir a determinados clientes sobre las graves dificultades financieras de la misma, desconocidas por el resto de clientes, y de esta forma evitarles perjuicios económicos.

En concreto se aprecia vulneración, además de los preceptos ya invocados, de los artículos 44 y 45 del RD 217/2008 que justamente tratan de resolver las cuestiones relativas a los conflictos de interés.

La vinculación señalada resulta plenamente acreditada, pues Adespa Asset Management está participada por Sebroker en un 99,96%, siendo el recurrente Vice Chairman de la misma, siendo dicha entidad agente de

administración de Astra Sicav, que tenía a su cargo el cálculo del valor liquidativo. Los clientes que retiraron los fondos en las fechas indicadas, estaban administrados por Adepa, por lo que el vínculo es incuestionable y no se trata como se indica en la demanda del simple cumplimiento de órdenes de un tercero.

En definitiva, del relato de hechos resulta que el recurrente, en su condición de Consejero de Sebroker, permitió que dicha entidad no identificara los conflictos de interés 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. Como consecuencia de ello 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, indebidamente obtenida, para prevenir los riesgos de determinados clientes.

El recurrente insiste particularmente sobre la circunstancia de que el 5 de marzo de 2010 ya se había desvinculado de Sebroker por lo que no pueden imputársele hechos relativos a tal fecha. No podemos compartir esta afirmación, pues si bien es cierto que el recurrente cesó en sus funciones el 25 de febrero de 2010, también lo es que los hechos imputados se manifestaron antes de dicha fecha, tal y como señala la resolución recurrida en el f.º 8, al menos en dos ocasiones (Adepa Administration Services SL y Trading Sistemático Valores SL). Precisa con razón, el Abogado del estado, que la infracción no consiste por lo esencial en la retirada de efectos, sino en la falta de procedimientos eficaces para gestionar adecuadamente los conflictos de interés. Estas circunstancias se producen antes de la salida del recurrente del Consejo de administración de Sebroker, por lo que no pueden acogerse sus argumentos.

El artículo 99.z) bis de la LMV tipifica como infracción muy grave: "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..." , y al respecto, 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 considerará 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."

El desarrollo reglamentario del anterior precepto se llevó a cabo por los artículos 44 a 48 del RD 217/2008 , que establecen los criterios de identificación de los conflictos de interés y la política de gestión de los mismos, entre otras cuestiones.

La sentencia impugnada ha declarado probado que en los dos días inmediatamente anteriores al 5 de marzo de 2010 , fecha en la que se solicitó el concurso voluntario de acreedores de Sebroker Bolsa Agencia de Valores S.A., se produjo una retirada de efectivo de la entidad por parte de 5 clientes, todos ellos instituciones de inversión colectiva (IIC) extranjeras vinculadas con el grupo Sebroker a través de Adepa Asset Management, que actuaba como gestora, y que ascendió a 4.625 miles de euros, lo que no fue sino confirmación de retiradas previas, desde el inicio de 2010, efectuadas por Adepa Administration Services S.L. y Trading Sistemático de Valores S.L., también vinculadas, por importes de 152 y 110 miles, respectivamente, siendo el recurrente titular del 50% de dichas sociedades.

También en el presente caso 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 consejero de Sebroker Bolsa S.A. tenía conocimiento de la mala situación patrimonial y financiera de la entidad, aprovechara dicha información para que los clientes vinculados a la empresa de servicios de inversión o a él mismo, retirasen el efectivo que tenían depositado, para no resultar perjudicados por la 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, con perjuicio del resto de clientes que mantuvieron la liquidez en Sebroker con posterioridad a la solicitud del concurso y 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.

La parte recurrente, que acepta la narración de hechos probados en relación con esta infracción, alega que había cesado en su cargo en Sebroker Bolsa S.A. el 25 de febrero de 2010, por lo que no tuvo ninguna intervención -ni por tanto ninguna responsabilidad- en las retiradas de efectivo del 3 de marzo de 2010.

Tal alegación ya fue efectuada y rechazada en la instancia, con los razonamientos que antes hemos reproducido, y que compartimos, que señalan: i) también con anterioridad al cese del recurrente, el 25 de febrero de 2010, se produjeron retiradas de efectivo por dos sociedades de su propiedad en un 50% cada una, y ii) en todo



caso, la infracción que se imputa no consiste en la retirada de fondos, sino en la ausencia de identificación por parte de Sebroker Bolsa S.A. del conflicto de interés derivado de la existencia de clientes vinculados a la sociedad, sus accionistas de control o sus administradores y en no haber establecido medidas o políticas para gestionar adecuadamente dicho conflicto, siendo dicha omisión anterior del cese del recurrente de su cargo de consejero.

Quinto.

El tercer apartado del motivo segundo del recurso de casación denuncia la infracción del artículo 95 de la LMV, porque aún en el caso de que se probara la existencia de las infracciones muy graves, de los hechos probados no cabe atribuir responsabilidad alguna al recurrente, por no concurrir conducta dolosa o negligente por su parte, a lo que añade que se ve ahora sancionado por unas infracciones imputadas a la sociedad Sebroker Bolsa S.A., que no fue notificada y no pudo defenderse.

El artículo 95 LMV, citado como infringido, 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.

Ya hemos indicado que la sentencia impugnada consigna como hecho probado que el recurrente fue consejero de Sebroker Bolsa, Agencia de Valores S.A. y accionista de la sociedad, hasta que cesó en sus funciones el 25 de febrero de 2010. En concreto, el recurrente fue -hasta la indicada fecha- consejero delegado y secretario del consejo de la sociedad de servicios de inversión, además de accionista de referencia, con la titularidad del 29,60% del capital social.

La sentencia impugnada también razonó la concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, en su manifestación de -al menos- culpa o negligencia, que estimó presente en las dos infracciones.

En relación con la primera infracción, la sentencia recurrida tuvo por demostrado, como ya se ha dicho, que Sebroker Bolsa no adoptó las medidas oportunas para garantizar la separación de cuentas, añadiendo que "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, que no consta que haya recurrido la sanción que le fue impuesta".

En cuanto a la segunda infracción, la sentencia recurrida también apreció la concurrencia de culpa en la actuación del recurrente, al indicar que "del relato de hechos resulta que el recurrente, en su condición de Consejero de Sebroker, permitió que dicha entidad no identificara los conflictos de interés 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. Como consecuencia de ello 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, indebidamente obtenida, para prevenir los riesgos de determinados clientes."

Por tanto, el recurrente, como consecuencia del cargo que ocupaba de consejero delegado y secretario del consejo de Sebroker Bolsa Agencia de Valores S.A., titular del 29,60% del capital social, 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.

Las alegaciones respecto de la falta de notificación de la resolución sancionadora a Sebroker Bolsa Agencia de Valores S.A., que considera la parte recurrente que impidió a la sociedad su defensa, no pueden acogerse, pues lo cierto es que la parte recurrente, que ahora impugna las sanciones que le fueron impuestas por las infracciones en las que incurrió en su condición de consejero, ha dispuesto a lo largo del expediente y del proceso jurisdiccional de las oportunidades de defensa y garantías establecidas en nuestro ordenamiento, sin que pueda apreciarse indefensión.

Sexto.

El cuarto apartado del motivo segundo del recurso de casación alega, con carácter subsidiario, la infracción del artículo 131.3 de la Ley 30/1992, por vulneración del principio de proporcionalidad, pues estima la parte recurrente que no concurren en este caso circunstancias agravantes, por lo que las sanciones deberían haberse interpuesto en su grado mínimo.



La sentencia impugnada examinó la aplicación del principio de proporcionalidad en la imposición de las sanciones, y concluyó estimando que las mismas eran ajustadas a derecho, atendidas las circunstancias concurrentes, razonando lo siguiente:

«Finalmente debemos tratar la última de las cuestiones propuestas, relativa a la proporcionalidad de las sanciones. Las sanciones se impusieron teniendo en cuenta el artículo 105, a y d de la LMV, estando suficientemente motivada y justificada la resolución recurrida. Se tomaron en cuenta determinadas circunstancias como naturaleza y entidad de la infracción, la gravedad de los perjuicios causados, y la importancia de la entidad (la misma recurrente señala que durante 2009 gestionó un volumen de operaciones entorno al 17% del PIB español). También la absoluta falta de diligencia del recurrente en la gestión, calificada su actuación como de culpa grave tomando en consideración los cargos que ostentaba en la administración de Sebroker. Así las cosas las sanciones se impusieron en su grado medio, no concurriendo ninguna circunstancia atenuante, por lo que no pueden entenderse desproporcionadas.»

De esta forma la Sala de instancia confirmó los criterios de graduación seguidos por la resolución administrativa impugnada, que a la vista de las circunstancias del caso, decidió la imposición de las sanciones en el grado medio de la extensión prevista por el artículo 105 de la LMV para las infracciones que resultaron acreditadas.

En concreto, la sentencia impugnada apreció como circunstancias que fueron ponderadas en la graduación de la sanción la de los perjuicios causados, la naturaleza y la entidad de la infracción y la importancia de la entidad, a lo que añade el grado de responsabilidad del recurrente en los hechos infractores, que resultan de una conducta -que la Sala de instancia califica de culpa grave- de absoluta falta de la diligencia que le era exigible en su condición de consejero delegado de una empresa de servicios de inversión.

Por tanto, la imposición de las sanciones aparece respaldada por la correspondiente motivación, que pone de manifiesto las circunstancias concurrentes en el caso que fueron tenidas en cuenta en la individualización y concreción de las mismas, dentro de los límites permitidos por la norma sancionadora, sin que apreciemos que concurra la desproporción de las sanciones con las infracciones cometidas que denuncia la parte recurrente.

En consecuencia con lo razonado, al haberse desestimado los cuatro apartados del motivo segundo del recurso de casación, éste no puede prosperar.

Séptimo.

Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede imponer a la parte recurrente las costas del mismo, de conformidad con la regla del artículo 139.2 LJCA, si bien la Sala, haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita a 4.000 € el importe máximo a reclamar por la parte recurrida por todos los conceptos como costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución,

esta Sala ha decidido Declarar no haber lugar al presente recurso de casación número 1963/2015, interpuesto por la representación procesal de don Enrique, contra la sentencia de 16 de abril de 2015, dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 316/2013, con imposición a la parte recurrente de las costas de casación, hasta el límite señalado en el último Fundamento de Derecho de esta sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.
Así se acuerda y firma.

D. Pedro Jose Yague Gil D. Eduardo Espin Templado D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat D. Eduardo Calvo Rojas D^a. Maria Isabel Perello Domenech D. Jose Maria del Riego Valledor D. Angel Ramon Arozamena Laso



PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Magistrado Ponente, Excmo. Sr. D. Jose Maria del Riego Valledor, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, de lo que certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.