

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE JUNIO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 347/2011
Ponente: D.ª María Asunción Salvo Tambo
Acto Impugnado: Resolución de de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de mayo de 2011
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de junio de dos mil doce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 347/2011 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora D.ª A.L.P., en nombre y representación de JATMOS 99, SICAV, S.A., contra Resolución de fecha 4 de mayo de 2011 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre revocación y cancelación de inscripción en la CNMV; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 12 de julio de 2011, 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 teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que se acompañaron en el escrito de alegaciones y que constan en el expediente, lo admita, teniendo por formulada la demanda en el Recurso contencioso-administrativo interpuesto contra el acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores adoptado en su sesión de 4 de mayo de 2011, y fecha de registro de salida de 9 de mayo de 2011 que resolvió la revocación y consiguiente cancelación de la inscripción en el Registro administrativo de la CNMV de la entidad JATMOS 99, SJCAV, S.A., y en virtud de la misma, anule la resolución recurrida, declarándola contraria a Derecho”

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:

“Suplico a la Sala, que tenga por contestada la demanda, y previos los trámites legales, dicte en su día Sentencia desestimando el presente recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho.”

TERCERO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 2 de abril de 2012 acordando el recibimiento a prueba habiéndose practicado la propuesta y admitida con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de Conclusiones; finalmente, mediante providencia se señaló para votación y fallo el día 19 de junio de 2012, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D.ª María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 4 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

“Revocar y cancelar la inscripción en el Registro Administrativo de la CNMV de JATMOS 99, SICAV, S.A. (inscrita en el correspondiente Registro de la CNMV con el número 623), al haber incumplido el número de accionistas mínimo exigido en el artículo 6 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, y haber transcurrido el plazo de un año, previsto en los artículos 13.1 de la citada Ley y 16.1 de su Reglamento, sin haber procedido a su reconstitución permanente”.

SEGUNDO.- Son antecedentes fácticos a tener en cuenta para la presente decisión los siguientes:

- JATMOS 99, SICAV, S.A. se inscribió el 30 de agosto de 1999 con el número 623 en el Registro de Sociedades de Inversión de la CNMV, encomendándose la gestión de sus activos a la gestora GES. FIBANC, S.G.I.I.C., S.A.

- El 8 de marzo de 2002 se inscribe en el Registro Administrativo la sustitución de sociedad gestora, encomendándose la gestión de sus activos a MORGAN STANLEY GESTIÓN, S.G.I.I.C., S.A.

- El 28 de julio de 2003 se inscribe la delegación de la gestión de los activos por parte de MORGAN STANLEY GESTIÓN, S.G.I.I.C, S.A. en MORGAN STANLEY CO. INTERNATIONAL L.T.D., siendo inscrita en el Registro, el 17 de octubre de 2008, la sustitución de sociedad gestora, encomendándose la gestión de sus activos a INVERCAIXA GESTIÓN, S.A., S.G.I.I.C. El 11 de junio de 2010 se inscribe en el Registro la sustitución de sociedad gestora, encomendándose la gestión de sus activos a la gestora actual INVERGIS GESTIÓN, S.A., S.G.I.I.C.

- El Departamento de Supervisión de I.I.C. y I.C.R., informó al Departamento de Autorización y Registros de Entidades que la hoy actora había incumplido la obligación de tener un número mínimo de accionistas (informe correspondiente a octubre 2010).

En concreto, la evolución del número de accionistas, según los estados reservados, fue la siguiente:

Fecha	Nº de accionistas
Octubre 2009	44
Noviembre 2009	36
Diciembre 2009	106
Enero 2010	101

Febrero 2010	99
Marzo 2010	97
Abril 2010	96
Mayo 2010	96
Junio 2010	94
Julio 2010	93
Agosto 2010	90
Septiembre 2010	88
Octubre 2010	86

Es decir, que salvo los meses de diciembre 2009 y enero 2010, en los que tuvo, respectivamente, 106 y 101 accionistas, el resto de los meses tuvo menos de 100 accionistas.

TERCERO.- En la demanda se aducen los siguientes motivos de impugnación:

- En primer lugar, inexistencia del supuesto de hecho señalado en el Acuerdo del Comité Ejecutivo de 3 de marzo de 2011, al no haber contado la recurrente con menos de 100 accionistas en un período superior a un año. Sostiene la actora que dentro del período de un año considerado por el Acuerdo del Comité Ejecutivo (octubre de 2009 a octubre de 2010), y con independencia del cálculo de las cotitularidades a que se refiere la propia demandante, no ha habido un incumplimiento continuado del número mínimo de accionistas. Alega que la CNMV cambió de criterio mediante comunicación de fecha 24 de marzo de 2010, donde se informaba a INVERCO de que la misma estaba revocando la autorización concedida a varias sociedades como consecuencia del incumplimiento del número de accionistas mínimos exigido por la normativa.

- En segundo lugar, alega arbitrariedad y error en el modo de interpretar la norma. Cambio de criterio en su aplicación y vulneración del principio de publicidad de las normas y de la seguridad jurídica. Invoca los principios de publicidad de las normas, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 de la Constitución).

- En tercer lugar se aduce la inexistencia del supuesto de hecho señalado en el Acuerdo del Comité Ejecutivo por cotitularidad de accionistas de la entidad actora. Así se dice que en situaciones de cotitularidad de las acciones no puede dudarse de que se es accionista y teniendo en cuenta que el registro contable de los valores representados mediante anotaciones en cuenta debe recoger las cotitularidades tal y como establece el artículo 14 del Real Decreto de Anotaciones en cuenta, dichos datos deben ser comunicados para la identificación de los accionistas a la sociedad emisora (en este caso, la comunicación se realizaría a INVERGIS GESTIÓN, S.A., S.G.I.I.C., como sociedad gestora de JATMOS 9), por lo que, a juicio de la actora, las cotitulares del registro servirían para identificar los accionistas de la actora. Entiende la recurrente, en definitiva, que los cotitulares de acciones deben ser considerados cada uno de ellos, accionistas para el cómputo del número de accionistas mínimo de las sociedades de inversión.

- En cuarto lugar, la no exigencia del requisito del número de accionistas en otras jurisdicciones de la Unión Europea y en la Directiva sobre Instituciones de Inversión Colectiva.

El Abogado del Estado formula una alegación previa: la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por pérdida sobrevenida del objeto. Y, en cuanto al fondo, alega que el número de accionistas mínimo no se ha respetado al no haberse llevado a cabo la reconstitución permanente por parte de la actora.

Señala el representante de la Administración que para poder gozar de los beneficios fiscales no debe el número de accionistas descender de 100, y si ocurre así, habrá que proceder a la reconstitución permanente; por lo que al no haber sido así resulta procedente la revocación de la autorización concedida; de ahí que solicite la desestimación del recurso.

CUARTO.- Comencemos por rechazar la inadmisibilidad alegada por la Abogacía del Estado en su contestación a la demanda.

No existe, contrariamente a lo que se alega, pérdida sobrevenida del objeto del presente recurso contencioso-administrativo, ya que el mismo persigue la anulación de la resolución de 4 de mayo de 2011 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que revocó la condición de SICAV a JATMOS 99 y canceló su inscripción en el correspondiente registro administrativo. Por lo tanto, no podemos compartir la tesis propuesta por el Abogado del Estado pues no tiene lugar la pérdida sobrevenida del objeto de recurso como consecuencia de la nueva autorización para actuar como SICAV concedida por la CNMV, ya que no puede obviarse que ha existido un período de más de cinco meses, desde la retirada de autorización, el (4 de mayo de 2011), hasta la obtención de la nueva, (el 28 de octubre de 2011), en los que efectivamente la hoy actora perdió dicha condición y, por ello, entre otras cosas, dejó de disfrutar del régimen fiscal que como tal sociedad de inversión le correspondía (capítulo V del título VII de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2004, de 5 de marzo), básicamente, un tipo de tributación inferior al de las sociedades de régimen general del Impuesto de Sociedades.

QUINTO.- Y, ya en cuanto al fondo del recurso, el resto de las cuestiones de fondo planteadas por la actora en su demanda han sido ya objeto de consideración por esta misma Sala y Sección bien recientemente, en nuestra SAN de 31 de mayo de 2012 (sentencia dictada en el recurso nº 465/2011), a cuyos fundamentos habremos de atenernos a continuación tanto por razones de coherencia y seguridad jurídica como en virtud del principio de igualdad en la aplicación de la ley.

La normativa de aplicación al caso resulta ser la siguiente:

El artículo 6.3 del Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre, establece que el número de accionistas de una sociedad de inversión no será inferior a 100.

- El artículo 16.1 del referido Reglamento que desarrolla el párrafo segundo del artículo 13.1.a) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva establece que, cuando por circunstancias del mercado o por el obligado cumplimiento de la ley o de las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas *"el número de accionistas de una sociedad de inversión, descendieran de los mínimos establecidos en el Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, dichas sociedades gozarán del plazo de un año durante el cual podrán continuar operando como tales.*

Dentro de dicho plazo deberán bien llevar a efecto la reconstitución permanente del número de accionistas, bien decidir su disolución, o bien, renunciar a la autorización concedida y solicitar la exclusión del registro administrativo correspondiente, con las consiguientes modificaciones estatutarias y de su actividad. Transcurrido el plazo de un año, se cancelará la inscripción en los registros administrativos, si dicha inscripción subsistiera, salvo que se hubiera producido en dicho plazo la reconstitución del número de accionistas".

El texto pone claramente de manifiesto cuando se empieza a contar el año: cuando el número de accionistas descienda de los mínimos establecidos, es decir, en este caso, en el mes de octubre de 2009, con 44 accionistas.

En segundo lugar, como recuerda la Administración, no se ha producido ningún cambio de criterio interpretativo de la CNMV, pues como resulta del expediente administrativo, siempre ha venido entendiendo que no basta con que al mes siguiente recompusiera en cien el número de accionistas, sino que debe mantener tal número reconstituido durante un año al menos. Así se recogía en la comunicación que INVERCO realizó (que no la CNMV) a sus asociados.

En consecuencia, se constata en octubre de 2009 el incumplimiento, empieza el cómputo del plazo de un año para que tenga lugar la reconstitución permanente.

La Sala comparte la interpretación que ha hecho del precepto reproducido más arriba la Administración: una vez constatado el incumplimiento, la sociedad dispone de un año, hasta octubre de 2010, para reconstituir el número mínimo de accionistas de manera permanente, de modo que se mantenga la discutida "reconstitución". En el supuesto enjuiciado, no sólo no tuvo el número mínimo de accionistas durante muchos meses, sino que cumplido el año no los tenía, y con este fundamento no puede entenderse que, como alega la recurrente, la interpretación de la norma de aplicación que hace la CNMV sea excesivamente rígida: la ley establece una obligación, y cuando se incumpla no anuda la consecuencia automática de pérdida de la condición de SICAV, sino que permite la oportunidad de reconstituir el número mínimo de socios, condicionando la permanencia en la condición de SICAV al carácter de permanente de dicha reconstitución. Ahora bien: la introducción en el precepto de aplicación del adjetivo "permanente" obliga a no dar por válida cualquier reconstitución que se lleve a cabo dentro del plazo de un año, desde luego no una reconstitución efímera, y si una reconstitución que revele permanencia.

Finalmente, continuando con el examen del primer grupo de motivos de impugnación, se alega por la actora la infracción del art. 106 de la ley 30/1992: debe confirmarse la no aplicabilidad a este supuesto concreto del precepto traído a colación por la recurrente que alega la CNMV, por no tratarse en este caso de un procedimiento de revisión de actos administrativos.

En efecto, el art. 106 forma parte del Título VII "De la revisión de actos en vía administrativa" Capítulo I "Revisión de oficio" art. 106 "Límites de la revisión" y en este caso no está llevando a cabo la CNMV una declaración de nulidad de un acto administrativo, sino que está aplicando la Ley 35/2003 y la concreta previsión que establece que deberá cancelar la inscripción de una

SICAV en el supuesto de incumplimiento de la obligación de contar con un número mínimo de socios en las circunstancias debatidas.

En cualquier caso, la CNMV esta obligada por la Ley 35/2003 a actuar frente a una comprobada situación. Si una SICAV no tiene un número mínimo de 100 socios y no recompone permanentemente durante un año dicho número, tiene que actuar cancelando su inscripción. El ejercicio de esta obligación no se aprecia sea contrario a la equidad o a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. La Administración finalizado el año, esperó otros cuatro meses para iniciar el expediente de revocación, lo que por un lado constituye un plazo razonable, y por otro, se encuentra condicionado por el hecho de que la CNMV recibe la información un mes después de cada periodo a tomar en cuenta, y debe contrastar dicha información y valorarla.

Cuando efectivamente se han cumplido las condiciones impuestas por la ley, la CNMV ha inscrito nuevamente a la SICAV en el Registro administrativo correspondiente, con el pleno restablecimiento de las ventajas fiscales o de otro orden que dicha inscripción conlleva.

SEXTO.- Insiste la actora en sus alegaciones relativas a que [*"todos los cotitulares deben reputarse accionistas"*].

La Ley de Sociedades de Capital (Texto Refundido aprobado por RDL 1/2010, de 2 de julio) establece:

- art. 90 "Participaciones sociales y acciones. Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social."

- art. 126 "Copropiedad de participaciones sociales o de acciones. En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones."

Es decir: las acciones son partes alícuotas indivisibles y los copropietarios de una acción deberán designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio.

Y como recuerda la Administración, en la Circular 3/2008 de 11 de septiembre de la CNMV sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva, que se aprobó a fin de adaptar el régimen contable de las instituciones de inversión colectiva, tanto financieras como inmobiliarias al Plan General de Contabilidad aprobado por el R.D. 1514/2007, se señala que los cotitulares de una cuenta se consideran un único partícipe.

Se alega que las circunstancias del mercado permiten un descenso de los accionistas mínimos establecidos por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 35/2003. Aun dando por válido que efectivamente las circunstancias del mercado justifiquen el descenso, es en el propio precepto que las menciona que se exige la reconstitución del número de accionistas.

Por otra parte, no consta que se hayan explicitado exactamente qué circunstancias son las que han originado el descenso del número mínimo de accionistas en los meses indicados.

En cuanto a las exigencias de otros países, no puede constituirse en excusa absoluta, pues obviamente la CNMV está obligada por la ley española que claramente determina un número mínimo de cien accionistas.

SÉPTIMO.- De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de JATMOS 99, SICAV, S.A., contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de mayo de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.