

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 7 DE MARZO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 159/2010
Ponente: D.ª Concepción Mónica Montero Elena
Acto Impugnado: Resolución de la CNMV de 30 de abril de 2009
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a siete de marzo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Activa, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.G.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 30 de abril de 2009, siendo Codemandado la entidad Santander Real Estate, S.A. y la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Activa, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.G.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 4 de marzo de 2010, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, practicadas las declaradas pertinentes y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día seis de marzo de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 30 de abril de 2009. La actora señala la fecha del Acuerdo el 4 de marzo de 2009, en los términos en que resulta de la demanda. Pero hemos de señalar que en el escrito de interposición del recurso la impugnación se dirigió contra la autorización para enajenar el edificio Plenilunio en Madrid. Lo cierto es que la enajenación autorizada de la enajenación impugnada se autorizó por la Resolución de 30 de abril de 2009 y no por la de 4 de marzo de 2009, sin embargo, al no haber sido notificado el acto administrativo de autorización a la actora, la imprecisión no puede ser obstáculo para admitir la demanda.

El Acuerdo impugnado resuelve autorizar la enajenación de los inmuebles del fondo inmobiliario Santander Banif, antes del transcurso de tres años desde su adquisición.

Decíamos en nuestra sentencia de 17 de mayo de 2011, dictada en el recurso 115/2009:

“En materia de legitimación de asociaciones como la que interpone este recurso, el Tribunal Supremo ha señalado entre otras en la sentencia de 5 de febrero de 2008:

“La alegación de falta de legitimación de la asociación que recurre el Real Decreto 894/2005 planteada en el proceso por la Administración demandada no puede estimarse. A tenor de lo dispuesto por el art. 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: ...las asociaciones... que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos o intereses legítimos colectivos”. Posiblemente sin descender al detalle que seguidamente habremos de alcanzar, este precepto bastaría para justificar la legitimación de la recurrente, por que, evidentemente, dada su naturaleza de asociación constituida para la defensa de los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios resultaría afectada por el Real Decreto que regula el Consejo de Consumidores y Usuarios.”

Anteriormente, en la sentencia de 20 de junio de 2006:

“En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el fin de delimitar con precisión el «thema decidendi», procede transcribir la argumentación de la sentencia recurrida en el extremo que concierne a rechazar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo deducida por falta de legitimación de la ASOCIACIÓN xxx, que se justifica por el Tribunal sentenciador en que dicha Asociación tiene atribuida estatutariamente la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por entidades de crédito y por entidades aseguradoras, según se refiere en el fundamento jurídico tercero, en los siguientes términos:

«Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida y toda vez que la codemandada niega legitimación de AUSBANC, debe señalarse que como esta Sala ha recogido en su Sentencia de 5 de Febrero de 2003, el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones al tratar de la legitimación en el ámbito de los procedimientos sancionadores ha señalado que no pueden darse normas de carácter general siendo necesario el examen del caso concreto.

«Así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de Noviembre de 1.998, relativa a la impugnación de Acuerdo de Consejo de Ministros, que culminó el expediente a una entidad bancaria por la comisión de infracciones de la Ley 26/98 señalaba, entre otras cuestiones:

«La amplitud con que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1 a) de la Ley de la Jurisdicción, por exigencias del artículo 24.1 de la Constitución, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione la apreciación del requisito procesal de la legitimación a la existencia de un interés real. En palabras de este Tribunal Supremo contenidas en reiteradas sentencias que han abordado el tema de la legitimación del denunciante para impugnar jurisdiccionalmente resoluciones administrativas dictadas en procedimientos sancionadores o disciplinarios, es decir, en supuestos que guardan similitud con el que es objeto de este recurso, se ha afirmado que la apreciación de aquel requisito ha de condicionarse al dato o circunstancia de que la respuesta sancionadora que se pretende pueda producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o pueda eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica.»

En ese sentido tiene, pues, razón la actora cuando acredita y justifica su legitimación señalando, que los Estatutos de la Asociación establecen en su art. 2 el siguiente objeto:

«La existencia de esta Asociación tiene como fin la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por:

a) las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito,

b) las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores,

c) las entidades aseguradoras, y

d) cualquier otro tipo de intermediario financiero.

Asimismo, tiene como fin la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios de todo tipo de productos y servicios en general.»

Es decir, se trata de una entidad legalmente constituida, que tiene encomendada estatutariamente la defensa de los usuarios de los servicios financieros en general y de los servicios prestados por las entidades aseguradoras, entre otros. Por tanto tiene un interés legítimo en el procedimiento actual en el ámbito de la Defensa de la Competencia, a favor de los consumidores”.

Resulta en consecuencia que pese a que la recurrente no ha acreditado que entre sus asociados se encuentre algún inversor afectado por la resolución impugnada por ser titular de una participación en el fondo Santander Banif Inmobiliario, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo parcialmente transcrita debe admitirse la legitimación de la asociación actora y rechazarse la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.”

Estas apreciaciones son igualmente aplicables al supuesto de autos.

No podemos aceptar la alegación del Sr. Abogado del Estado relativa a la extemporaneidad del recurso, precisamente, porque como decíamos, no hubo notificación a la actora del acto impugnado, y por la misma razón, no podemos aceptar la desviación procesal ya que lo que se impugnó en el escrito de interposición fue la autorización para enajenar un concreto inmueble, contenida en la autorización general dada por la Resolución de 30 de abril de 2009, y se mantiene posteriormente en la demanda.

Ahora bien, respecto del suplico de la demanda, las cuestiones relativas a las relaciones de los inversores con Santander Banif Inmobiliaria y una posible indemnización, quedan fuera del ámbito del presente recurso, en el que enjuicamos la autorización dada por la CNMV.

En cuanto a la litispendencia la sentencia de 17 de mayo de 2011, dictada en el recurso 115/2009, puso fin a la misma.

En nuestra sentencia de 17 de mayo de 2011, antes citada, afirmábamos:

“Con carácter previo solicita la nulidad de actuaciones con referencia a la situación del expediente en dos aspectos: que no se acordase completarlo y que no se levantase la confidencialidad.

Entre la primera providencia dictada por esta Sala dando traslado del expediente para formalizar la demanda, el 8 de julio de 2009, y la fecha de formalización de la demanda, el día 11 de mayo de 2010, la actora presentó escritos relacionados con la cuestión del expediente administrativo los días 8, 20 y 21 de julio de 2009, los días 20 de enero, 18 de febrero, 25 de marzo y 20 de abril de 2010, recibiendo respuestas de esta Sala en forma de providencias o autos, por lo que este Tribunal considera que ha dado respuesta a tales cuestiones con anterioridad y no procede reexaminarlas en este momento procesal, desestimando la pretendida nulidad de actuaciones.”

Estos razonamientos son también aplicables a este caso, añadiendo que en el periodo de prueba se han incorporado todos los hechos a los que se refiere la presente controversia.

SEGUNDO: La Ley 24/1988 en su artículo 14 configura la CNMV como un ente de Derecho Público con personalidad jurídica propia, plena capacidad pública y privada, sometida en el ejercicio de sus funciones públicas a la propia Ley y disposiciones que la desarrollen y a la Ley de Procedimiento Administrativo de forma subsidiaria. Por su parte el artículo 13 dispone la creación de la CNMV, a la que se encomienda, en lo que ahora interesa, la supervisión e inspección de los mercados de valores y la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, velará así mismo por la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de precios y la protección de los inversores.

Es pues la CNMV un órgano de regulación del mercado de valores a la que se encomienda la supervisión e inspección del mismo, y tal es el servicio público cuya atención le viene atribuida.

Por su parte el artículo 85 de la citada Ley en su redacción dada por la Ley 37/1998 determina las potestades que a la CNMV se atribuyen para el cumplimiento del servicio público encomendado, cuales son las de recabar información y realizar las correspondientes inspecciones a fin de comprobar la veracidad de la información, debiendo estar a su disposición, los libros, registros y documentos oportunos - siendo sancionable la ocultación -. Igualmente se reconoce en el artículo 89 de la Ley la posibilidad de informar al mercado sobre los datos relevantes obtenidos mediante el uso de las señaladas potestades.

La cuestión del ámbito de actuación de la CNMV queda delimitada desde estos parámetros: a) el servicio encomendado lo es la supervisión e inspección del mercado de valores, b) las potestades atribuidas lo son de información e inspección, sancionadoras y de intervención. Por el enjuiciamiento de su actuación ha de realizarse desde las facultades que le son encomendadas y no desde la perspectiva de la actuación de una entidad privada bajo supervisión.

Pues bien, el artículo 56.6 del Real Decreto 1309/2005, dispone:

“5. Los bienes inmuebles que integren el activo de las IIC inmobiliaria no podrán enajenarse hasta que no hayan transcurrido tres años desde su adquisición, salvo que medie, con carácter excepcional, autorización expresa de la CNMV.”

Precisamente la norma habilita a la CNMV a conceder con carácter excepcional la facultad de enajenar inmuebles, por ello no puede aceptarse que actuase fuera de sus competencias. Por otra parte la excepcionalidad resulta de la Resolución de 4 de marzo de 2009, que señala:

“Por existir peticiones de reembolso superiores al 10% del patrimonio del fondo SANTANDER BANIF INMOBILIARIA FII y al carecer este de liquidez suficiente para atenderlas en plazo, a solicitud de SANTANDER REAL ESTATE S.A. SGIIC como entidad Gestora y de BANCO BANIF S.A. como entidad Depositaria...”

La situación de excepcionalidad se aprecia si atendemos a la falta de liquidez del fondo.

TERCERO: En cuanto a la inexistencia de un proceso lógico al adoptar las decisiones de suspensión por un plazo de dos años, desde el 28 de febrero de 2009 hasta el 28 de febrero de 2011 del reembolso de participaciones en el fondo a que se refiere el artículo 63.3 d) del Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre y incumplimiento por el fondo de los coeficientes de diversificación a que se refiere el artículo 61 del citado Real Decreto 1309/2005 también durante el plazo de dos años, desde el 28 de febrero de 2009 hasta el 28 de febrero de 2011, no puede ser aceptada, por dos razones; la primera porque ninguna norma jurídica impide que ambas autorizaciones puedan darse el mismo día, y, segunda, porque no se dieron el mismo día sino con casi dos meses de diferencia.

La desviación de poder es un vicio del acto administrativo que consiste en el ejercicio por un órgano de la Administración Pública de sus competencias o potestades públicas para fines u objetivos distintos de los que sirvieron de supuesto para otorgarle esas competencias o potestades, pero amparándose en la legalidad formal del acto. Ahora bien, esa desviación del fin jurídico no puede basarse en meras conjeturas o sospechas, sino en criterios objetivos, y la afirmación actora en orden a que la CNMV pretendía desentenderse de la supervisión del fondo, no encuentra apoyo objetivo ni en los hechos probados ni en las circunstancias que rodearon la autorización.

De los fundamentos expuestos resulta la desestimación del presente recurso.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que admitiendo y desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Activa, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.G.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 30 de abril de 2009, debemos declarar y declaramos

ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

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.