

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 19 DE JUNIO DE 2023

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 3537/2022
Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional 1 de marzo de 2022
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 19 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 3537/2022, interpuesto por la procuradora de los tribunales doña NMS, en nombre y representación de BANKINTER SEGUROS GENERALES, S.A., BANKINTER SEGUROS DE VIDA. S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS; CCM VIDA Y PENSIONES DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A., y MAPFRE VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOBRE LA VIDA HUMANA, contra la sentencia de 1 de marzo de 2022, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional, dictada en el Procedimiento Ordinario 721/2020.

Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La Procuradora de los Tribunales doña NMS, Procuradora de los Tribunales y de "BANKINTER SEGUROS GENERALES, S.A."; "BANKINTER SEGUROS DE VIDA. S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS"; "CCM VIDA Y PENSIONES DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." y "MAPFRE VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOBRE LA VIDA HUMANA" interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2022 por la que se estimó el recurso y anuló la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital.

Dicha resolución administrativa había desestimado el recurso de alzada formulado contra la resolución de 28 de marzo de 2019 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impuso a cada una de las sociedades recurrentes una multa como consecuencia de una infracción grave del art. 296 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre por no contar con una comisión de auditoría con cumplimiento de las reglas de composición y atribución de funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

SEGUNDO. Mediante Auto de 20 de julio de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar la obligación de las entidades de interés público aseguradoras no cotizadas de contar con una comisión de auditoría como órgano interno propio en cumplimiento de las reglas de composición y atribución de funciones contempladas en el artículo 529 quater.

TERCERO. El recurso plantea numerosas alegaciones referidas de tres cuestiones:

Por un lado, considera que no se ha aplicado correctamente la normativa vigente conforme a la que no habría cometido infracción alguna.

En segundo lugar, al considerar que se vulnera el principio de tipicidad por entender que no se da ni el elemento objetivo del tipo ni el subjetivo.

Finalmente, que la reciente modificación normativa debió interpretarse de manera que también mis representadas hubieran visto estimadas sus pretensiones en la instancia.

Por lo que respecta a la cuestión de interés casacional que motivó la admisión entiende que el tribunal de instancia ha interpretado incorrectamente la Disposición Adicional Tercera de la LAC.

La parte recurrente entiende que a las entidades aseguradoras la LAC no les exige tener un comité de auditoría como órgano propio y basta con hayan encargado y delegado tal función a la sociedad matriz y sea aceptado por esta. Y en apoyo de esta interpretación aduce también lo dispuesto en la normativa comunitaria, en especial la Directiva 2006/43/CE.

Por otra parte, y respecto a la incidencia de la modificación operada por la nueva redacción de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas, aduce que es cierto que la literalidad de la nueva redacción se limita a los supuestos en que la participación sea del cien por cien o la decisión se adopte por la Junta de accionistas por unanimidad y que ninguna de esas circunstancias concurre. Y argumenta que dicha norma introduce un criterio desconocido al tiempo de la atribución de las funciones a la matriz y, por ello, de imposible cumplimiento para las Entidades Participadas. De conocerse (atendidas las circunstancias de las Entidades Participadas) podría haberse solicitado la aprobación a la Junta, que hubiera sido unánime. Lo cierto en este caso es que la Sala de instancia no ha tenido en cuenta que la decisión de que la comisión de auditoría de la matriz desempeñe las funciones para sus filiales ha sido adoptada de forma unánime por todos sus accionistas.

Por un lado, en cuanto a las Entidades Participadas la decisión se adopta por sus dos únicos accionistas, en el Consejo, y, por tanto, por unanimidad de ambos socios, en la medida de que, de acuerdo con lo previsto en los contratos entre accionistas de los dos únicos socios de cada una de dichas entidades de banca seguros, todos los vocales de dichos consejos han sido nombrados por unanimidad por sus juntas generales a propuesta de cada uno de los socios, en los términos de los mencionados contratos entre accionistas. La referencia que la LAC (en su nueva redacción) hace a la Junta tiene un lógico sentido de defensa de los accionistas que, en este concreto supuesto, está por completo garantizada. En efecto, si son dos los accionistas y ambos están presentes en el Consejo y votan a favor, la adopción en el Consejo garantiza que los dos adoptan la decisión. Esto es, que es unánime de todos los accionistas.

La sentencia ignora el hecho de que mis representadas no han de tener, *ex lege*, una comisión de auditoría como órgano propio. La Sentencia es contraria al artículo 296 de la LMV, en relación con la DA Tercera de la LAC y la LSC, vulnerando así el principio de tipicidad. La aplicación de la normativa comunitaria y la normativa especial confirma tal vulneración. La sentencia, asimismo, debió interpretar tales normas de manera que declarara que las Sociedades no debían contar con un órgano propio que ejerciera las funciones de la comisión de auditoría, pudiendo acudir al órgano de su matriz. En todo caso, una correcta interpretación del apartado tercero de la Disposición Adicional Tercera de la LAC, acorde con los principios de tipicidad y proporcionalidad debió llevar a la Sentencia a estimar el recurso de instancia.

Por ello, solicita se dicte sentencia que con estimación del presente recurso de casación se anule la sentencia impugnada, con imposición de las costas del recurso a la parte recurrida. Como consecuencia de la estimación del recurso de casación y la consiguiente anulación de la sentencia impugnada, el Tribunal Supremo se sitúe en la posición procesal propia del Tribunal de instancia, y proceda a la resolución del litigio en los términos que han sido destacados en el presente escrito. En consecuencia, estime el recurso contencioso-administrativo.

CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso.

La infracción que se imputa a las recurrentes fue «*el incumplimiento de las reglas de composición y de atribución de funciones de dichas comisiones de auditoría de las entidades de interés público contempladas en el citado artículo 529 quaterdecies*».

Es claro, en primer lugar, que la regla general que establece la Disposición Adicional Tercera punto 1 de la LAC es que *«Las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital».*

La primera, aplicable *«a las entidades que dispongan de un órgano con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría, que se haya establecido y opere conforme a su normativa aplicable»* en cuyo caso las funciones de la Comisión de Auditoría serán asumidas por el citado órgano, debiendo dichas entidades hacer público en su página web el órgano encargado de esas funciones y su composición

La segunda (punto 3 de la Disposición Adicional Tercera) referida a las entidades que no están obligadas a tener una Comisión de Auditoría que son, entre otras, *«las entidades de interés público previstas que sean pequeñas y medianas, siempre que sus funciones sean asumidas por el órgano de administración»* y *«Las entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, de otras entidades de interés público, siempre que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele, y cuando concurra alguno de los siguientes requisitos: 1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante, o 2.º Que la aplicación de esta excepción haya sido aprobada por la junta de accionistas de la sociedad dependiente por unanimidad. Las entidades de interés público a que se refiere este apartado harán públicos en su página web los motivos por los que consideran que no es adecuado disponer de una Comisión de Auditoría o de un órgano de administración o supervisión encargado de realizar las funciones de la Comisión de Auditoría»* (letras b y (letra b) y d) de la DA tercera.3 de la LAC)

Lo que se planteaba en el asunto de autos no era tanto y sin matices la obligación de las entidades recurrentes de disponer de una Comisión de Auditoría, delegada del Consejo de administración y con la problemática que plantean en su escrito de recurso, sino más bien si la composición y funciones de la Comisión de Auditoría y/o de los órganos con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría que pudieran existir tenían la composición y habían asumido las funciones de la señalada Comisión o si las recurrentes estaban exceptuadas de la obligación de tener una Comisión de Auditoría por razón de ser pequeñas o medianas y haber sido asumidas sus funciones por el órgano de administración (que no tiene por qué ser un Consejo de Administración) o por ser dependientes de otras entidades de interés público dominantes participadas al 100% por las mismas, y cuya correspondiente Comisión de Auditoría haya asumido también las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele por acuerdo unánime de sus Juntas Generales de socios.

La cuestión de interés casacional seleccionada, esto es, si las entidades de interés público aseguradoras no cotizadas tienen la obligación de contar con una Comisión de auditoría como órgano interno propio en cumplimiento de las reglas de composición y atribución de funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio (ley de Sociedades de Capital).

El Abogado del Estado aduce los siguientes argumentos:

1º Las entidades de interés público aseguradoras no cotizadas tienen la obligación de contar con una Comisión de Auditoría como órgano interno propio en cumplimiento de las reglas de composición y atribución de funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Real Decreto-Legislativo 1/2010.

Así lo dispone la DA Tercera de la LAC. Como dice la sentencia recurrida *«La norma general es clara en cuanto a que “las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio»*, siendo así que el incumplimiento de este deber aparece definido como infracción en el artículo 296.1 de la LMV. Ambas normas son claras en cuanto a la existencia del deber y las consecuencias de su incumplimiento.

2º Los apartados 2 y 3 de la disposición adicional tercera de la LAC vienen a precisar una modalidad de cumplimiento equivalente de dicho deber.

El apartado 3 de la tal DA Tercera de la LAC dispensa de dicho deber a las entidades de interés público que cumplan las condiciones que en él se establecen, condiciones que como explica la sentencia no concurren en las recurrentes.

Como consecuencia, se sostiene que las entidades de interés público aseguradoras no cotizadas de contar con una Comisión de Auditoría como órgano interno propio en cumplimiento de las reglas de composición y atribución de funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Real Decreto-Legislativo 1/2010, de 2 de julio (Ley de Sociedades de Capital) salvo que se encuentren en alguna de las situaciones que contemplan los puntos 2 y 3 de la Disposición Adicional tercera de la LAC esto es, salvo que dispongan de un órgano con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría o se trate de entidades exceptuadas de hacerlo por concurrir las circunstancias establecidas en el punto 3 de la misma DA tercera de la LAC.

El hecho de que la normativa reguladora especial que es de aplicación a las aseguradoras (Ley 20/2015, de 1 de julio de la ley de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras (“LOSSEAR”) y su Reglamento de desarrollo, aprobado por el Real Decreto 1060/2015, de 20 de noviembre (“ROSSEAR”)) no les exija tener Comisión de Auditoría no impide que esa exigencia la establezca otra ley diferente como es la LAC que les afecta y vincula igual que la normativa reguladora especial que les pueda ser de aplicación a las aseguradoras. No existe oposición entre la LAC y esa normativa específica y por consiguiente resulta improcedente hablar de prevalente de una sobre la otra.

Por todo ello solicita la desestimación del recurso de casación.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 6 de junio de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Las entidades recurrentes impugnan en casación la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2022. Dicha sentencia estimó el recurso y anuló la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada formulado contra la resolución de 28 de marzo de 2019 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que impuso a cada una de estas sociedades recurrentes una multa como consecuencia de una infracción grave del art. 296 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores por no contar con una comisión de auditoría propia.

El artículo 296 de la Ley del Mercado de Valores, Texto Refundido, aprobado por virtud del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre (“LMV”), califica como infracción grave *«el incumplimiento de las reglas de composición y de atribución de funciones de dichas comisiones de*

auditoría de las entidades de interés público contempladas en el citado artículo 529 quaterdecies (de la Ley de Sociedades de Capital)».

Por su parte, el artículo 529 quaterdecies de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC"), que regula la Comisión de Auditoría establece que: *«1. La comisión de auditoría estará compuesta exclusivamente por consejeros no ejecutivos nombrados por el consejo de administración, la mayoría de los cuales, al menos, deberán ser consejeros independientes y uno de ellos será designado teniendo en cuenta sus conocimientos y experiencia en materia de contabilidad, auditoría o en ambas. [...]».*

SEGUNDO. Centrándonos en la cuestión de interés casacional planteada debe partirse de que las sociedades recurrentes no disponían de una comisión de auditoría propia, tales funciones las ejercía la Comisión de auditoría de su empresa matriz, entendiéndose que con ello daban cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Auditoría de Cuentas (LAC) (Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas) y la normativa comunitaria existente.

La Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas en la redacción existente al tiempo de los hechos y de interposición del recurso de instancia, disponía lo siguiente:

«1. Las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio.

2. En las entidades a que se refiere el apartado 1 que dispongan de un órgano con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría, que se haya establecido y opere conforme a su normativa aplicable, las funciones de la Comisión de Auditoría serán asumidas por el citado órgano, debiendo dichas entidades hacer público en su página web el órgano encargado de esas funciones y su composición. (...)

3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no estarán obligadas a tener una Comisión de Auditoría: (...) d) *Las entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, de otras entidades de interés público, siempre que concurren los siguientes requisitos:*

1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante. 2.º Que la administración de las entidades dependientes no se atribuya a un consejo de administración. 3.º Que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele».

Las recurrentes son entidades de interés público a las que les resulta de aplicación la indicada Disposición dado que su normativa específica no les exige contar con dicha comisión de auditoría. De modo que la cuestión controvertida se centra en determinar si conforme a dicha previsión las entidades recurrentes debían disponer de una comisión de auditoría propia o si, por el contrario, podían encomendar esa función a la comisión de auditoría de la sociedad matriz del grupo matriz.

La Sentencia (al igual que la CNMV) sostiene que las recurrentes son entidades de interés público a las que, en aplicación de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015 de 20 de julio en su apartado primero, se les exige tener una Comisión de Auditoría propia con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. Y rechaza que le sean de aplicación las previsiones alternativas contempladas en los apartados segundo y tercero

de dicha norma, argumentando al respecto que *«las demandantes no pueden acogerse al apartado 2 de la disposición adicional tercera de la LAC por la sencilla razón de que el órgano a que apelan con funciones equivalentes a las de la comisión de auditoría no era propio, sin que las dudas que al respecto suscitan las recurrentes puedan recibir una favorable acogida desde el momento en que el tipo infractor imputado se encuadra legislativamente dentro de las infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y que la normativa nacional aplicada no contraviene la normativa comunitaria que se invoca por la recurrente.*

Por otra parte, las demandantes tampoco pueden ampararse en el apartado 3 de la disposición adicional tercera de la LAC en la versión vigente en el tiempo de los hechos y del expediente sancionador al no cumplir las mismas todos los requisitos prevenidos en la letra d) de dicho apartado 3, que es la norma que aquellas invocan en su favor».

La parte recurrente entiende, por el contrario, que la interpretación del apartado 2 de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas que realiza la sentencia de instancia no es conforme con la letra, espíritu y sistemática de la ley, vaciándola además de contenido, toda vez que: a) Son entidades aseguradoras, cuya normativa sectorial no les exige tener comité de auditoría; b) La LAC no exige tener un órgano propio; c). Cuentan con un órgano no solo con funciones equivalentes, sino que desarrolla exactamente las mismas funciones que exige el artículo 529 quaterdecies de la LSC, pues se trata del Comité de Auditoría y Cumplimiento de su matriz, Mapfre, S.A. al que se encargó y delegó dicha función que fue aceptada por la matriz.

Consideran, así mismo, que la sentencia ignora por completo que su interpretación satisface la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo, modificada por la Directiva 2014/56/UE, de 16 de abril. En esta Directiva se prevé de forma expresa la posibilidad de que el comité de auditoría de una EIP sea *«bien un comité independiente, bien un comité del órgano de administración o de supervisión de la entidad auditada»*. Esto es, que cabe acudir, conforme a esta Directiva a un órgano externo, integrado en la matriz, pero sin ninguna limitación adicional, como las que la normativa española ha impuesto, sea originariamente, sea tras la modificación de 2021.

TERCERO. El análisis de la cuestión controvertida exige interpretar la previsión contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas - destinada a regular las Comisiones de Auditoría de las entidades de interés público, como es el caso de las entidades aseguradoras sometidas al régimen de supervisión y control del Banco de España, estén o no cotizadas (artículo 3.5 a) de la LAC)-.

El apartado primero de dicha norma exige que las entidades de interés público, cuya normativa específica no lo exija como es el caso que nos ocupa, *«deberán tener una Comisión de Auditoría»*, previsión que debe interpretarse como la exigencia de disponer de una comisión de auditoría propia. Ello se deduce no solo de una interpretación literal de este apartado sino también de la interpretación sistemática del precepto en que se ubica.

Así, el tenor literal del precepto establece una regla general: la exigencia de que dichas entidades tengan una Comisión de Auditoría (*“deberán tener”*) con la composición y funciones previstas contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital. Esta previsión al incluir el término *“deben tener”* implica que deben disponer de una comisión propia.

Por otra parte, así se deduce también de la interpretación sistemática de los diferentes apartados de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio y del contexto en que se sitúa el tipo infractor:

El apartado segundo matiza esa previsión al permitir que «*dispongan de un órgano con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría*», pero adviértase que también en este apartado se mantiene la exigencia de que sea un órgano propio, pues utiliza la expresión «*dispongan de un órgano*» y aunque relaja las exigencias de composición mantiene que ha de contar con este órgano con funciones auditoras equivalentes.

Pero esta conclusión se alumbra con mayor nitidez en el apartado tercero de la citada Disposición Adicional, cuando se afirma «*No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no estarán obligadas a tener una Comisión de Auditoría: (...) d) Las entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, de otras entidades de interés público, siempre que concurran los siguientes requisitos:*

1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante. 2.º Que la administración de las entidades dependientes no se atribuya a un consejo de administración. 3.º Que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele.

Esta disposición establece una excepción a la regla general contenida en el apartado primero, permitiendo que en determinados supuestos dichas entidades están dispensadas de tener una comisión de auditoría bien por sus especiales características (aquellas cuya única actividad consista en actuar como emisor de valores garantizados por activos; cuando sean pequeñas y medianas, siempre que sus funciones sean asumidas por el órgano de administración; cuando la norma comunitaria las exonere) o bien porque tales funciones son desempeñadas por la comisión auditora de la sociedad matriz en que se integran, único supuesto en el que la norma contempla la posibilidad de que tales supuestos sean ejercidos por una comisión auditoría externa a la entidad. Pero, en este caso, la norma establece unas exigencias muy precisas; en primer lugar, debe tratarse de entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el art. 42 del Código de Comercio, de una entidad matriz de interés público; en segundo lugar, además de esta dependencia, debe cumplir una serie de requisitos fijados por la norma que analizaremos más adelante.

Finalmente, esta misma conclusión también se obtiene si analizamos la ubicación de la infracción prevista en el artículo 296 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores pues se incluye entre las medidas de organización interna.

CUARTO. Lo hasta ahora expuesto permite abordar si a tenor de la normativa nacional o comunitaria aplicable, dichas entidades cumplían las exigencias normativamente impuestas al utilizar la comisión auditora de la sociedad matriz del grupo.

Ya hemos señalado que para que estas entidades pudiesen valerse de la comisión de auditoría externa perteneciente a la sociedad matriz de su grupo, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio lo condiciona a que fuesen dependientes, de acuerdo con lo previsto en el art. 42 del Código de Comercio, de una entidad matriz de interés público. Y además que cumpliesen una serie de requisitos:

1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante.

2.º Que la administración de las entidades dependientes no se atribuya a un consejo de administración.

3.º Que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele.

Requisitos que en este caso no se cumplían, según afirma la sentencia impugnada y reconoce la propia parte recurrente, al no estar íntegramente participadas por la entidad dominante del grupo.

El recurrente, sin embargo, aduce que la normativa comunitaria, representada por la Directiva 2006/43/CE, de 17 de mayo modificada por la Directiva 2014/56/UE, de 16 de abril, contempla la posibilidad de que el comité de auditoría sea «*bien un comité independiente, bien un comité del órgano de administración o de supervisión de la entidad auditada*». Ello implica, a su juicio, que sea posible utilizar los servicios de una auditoría externa integrada en la matriz, pero sin ninguna limitación adicional, como las que la normativa española ha impuesto.

Lo cierto es que la Directiva 2014/56/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de abril de 2014 por la que se modifica la Directiva 2006/43/CE, en su artículo 39 dispone «*1. Los Estados miembros se asegurarán de que cada entidad de interés público disponga de un comité de auditoría. El comité de auditoría será bien un comité independiente, bien un comité del órgano de administración o de supervisión de la entidad auditada. El comité de auditoría estará integrado por miembros no ejecutivos del órgano de administración y/o miembros del órgano de supervisión de la entidad auditada y/o miembros designados por la junta general de accionistas de la entidad auditada, o bien, en el caso de una entidad sin accionistas, por el órgano equivalente.*

La mención a un “comité independiente” no puede interpretarse como pretende la parte recurrente, como la posibilidad de acudir a la comisión de auditoría perteneciente a la entidad matriz, sino que se permite que este comité lo formen miembros independientes.

Por el contrario, la posibilidad de utilizar el comité de auditoría de la sociedad matriz está contemplada en otro apartado, en concreto en el apartado tercero, en el que se dispone “3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los Estados miembros podrán decidir que las siguientes entidades de interés público no estén obligadas a tener un comité de auditoría: a) cualquier entidad de interés público que sea empresa filial en el sentido del artículo 2, punto 10, de la Directiva 2013/34/UE si dicha entidad satisface a nivel de grupo los requisitos establecidos en los apartados 1, 2 y 5 del presente artículo, y del artículo 11, apartados 1 y 2, y del artículo 16, apartado 5, del Reglamento (UE) no 537/ 2014»;

Previsión que permite que los Estados miembros puedan dispensar de este comité de auditoría como órgano propio cuando sea una empresa filial de una matriz, pero la Directiva lo establece como una mera posibilidad para los Estados miembros (“podrán decidir”) lo cual no les obliga a establecer esta excepción ni les impide regularla estableciendo requisitos adicionales que ha de cumplir la empresa filial respecto a la matriz.

La parte también aduce que la Ley 5/2021 de 12 de abril ha modificado la Disposición Adicional Tercera, y que la nueva redacción establece «*d) Las entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, de otras entidades de interés público, siempre que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele, y cuando concurra alguno de los siguientes requisitos: 1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante, o 2.º Que la aplicación de esta excepción haya sido aprobada por la junta de accionistas de la sociedad dependiente por unanimidad*».

Tampoco este precepto permite modificar la conclusión alcanzada pues la nueva redacción se limita a los supuestos en que la participación sea del cien por cien o la decisión se adopte por la Junta de accionistas por unanimidad y como la propia parte recurrente admite «ninguna de esas circunstancias concurre».

Es la junta de accionistas de las sociedades dependientes, y no la de la sociedad matriz, las que lógicamente tiene que adoptar el acuerdo en Junta de accionistas por unanimidad para que la comisión de auditoría de la sociedad dominante asuma estas funciones también respecto de ellas.

Sin que pueda compartirse la interpretación sostenida por la parte recurrente que defiende que la decisión se adopta por sus dos únicos accionistas, en el Consejo, y, por tanto, por unanimidad de ambos socios, en la medida de que, de acuerdo con lo previsto en los contratos entre accionistas de los dos únicos socios de cada una de dichas entidades de banca seguros, todos los vocales de dichos consejos han sido nombrados por unanimidad por sus juntas generales a propuesta de cada uno de los socios, en los términos de los mencionados contratos entre accionistas. Interpretación que la propia entidad considera forzada en la medida en que inmediatamente después afirma que «La nueva redacción introduce un criterio desconocido al tiempo de la atribución de las funciones a la matriz y, por ello, de imposible cumplimiento para las Entidades Participadas. De conocerse (atendidas las circunstancias de las Entidades Participadas) podría haberse solicitado la aprobación a la Junta, que hubiera sido unánime».

Debe señalarse finalmente que el recurso también plantea diferentes alegaciones referidas al principio de tipicidad, ajenas a la cuestión de interés casacional que ha motivado la admisión del mismo y que, por otra parte, han sido acertadamente resueltas en el fundamento tercero de la sentencia impugnada cuyos razonamientos compartimos, pues el tipo infractor contenido en el artículo 296.1 de la LMV hay que ponerlo en relación con la previsión contenida en la Disposición Adicional Tercera de la Ley de Auditoría de Cuentas y el artículo 529 quaterdecies de la Ley de sociedades de capital.

Procede, por tanto, desestimar el recurso de casación.

QUINTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión de interés casacional planteada debe afirmarse que el apartado primero de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 22/2015, de 20 de julio, de Auditoría de Cuentas cuando exige que «Las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital», ha de interpretarse como una regla general que exige que dichas entidades dispongan de una comisión de auditoría propia. Todo ello sin perjuicio de las excepciones establecidas en los apartados siguientes.

SEXTO. Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto;

Desestimar el recurso de casación interpuesto por "BANKINTER SEGUROS GENERALES, S.A."; "BANKINTER SEGUROS DE VIDA. S.A., DE SEGUROS Y REASEGUROS"; "CCM VIDA Y PENSIONES DE SEGUROS Y REASEGUROS, S.A." y "MAPFRE VIDA, SOCIEDAD ANÓNIMA DE SEGUROS Y REASEGUROS SOBRE LA VIDA HUMANA" contra la sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de marzo de 2022 (rec. 721/2020), sin hacer expresa condena de las costas de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.