

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 12 DE NOVIEMBRE DE
2013**

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 146/2012
Ponente: Dña. Lucía Acín Aguado
Acto Impugnado: Resolución del Comité Ejecutivo de la CNMV de 19 de enero de 2012 inadmitiendo recurso de reposición interpuesto contra acuerdo del mismo órgano de 22 de septiembre de 2011.
Fallo: Inadmisión

Madrid, a doce de noviembre de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 146/2012 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. A.B.H. en nombre y representación de **TOBACCOS IMEX SPA** contra la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de enero de 2012 por la que acuerda inadmitir el recurso interpuesto contra la resolución del mismo órgano de 22 de septiembre de 2011 por la que archiva la denuncia presentada por el recurrente el 12 de julio de 2011 contra la sociedad Miquel y Costas & Miquel SA. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado. Ha intervenido como codemandado Miquel y Costas & Miquel SA representado por la Procuradora Dña. D.G.A. La cuantía del recurso es indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO: El 26 de marzo de 2012 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra el acto indicado en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional donde fueron turnadas la sección sexta. Admitido a trámite y una vez recibido el expediente administrativo se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo el 16 de abril de 2013 en la que solicitó *“se estime el recurso declarando..*

1) La anulación de la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 23 de enero de 2012

2) La obligación de MIQUEL Y COSTAS & MIQUEL SA de comunicar a la CNMV un hecho relevante en el que comunique las situaciones que han quedado expuestas en los términos previstos en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores.

3) La obligación de MIQUEL Y COSTAS & MIQUEL SA de aclarar el apartado 35 a) pasivos contingentes página 86 del informe de auditoría de las cuentas anuales de 2010, de forma que ésta por si misma o requiriendo al efecto a sus auditores, se haga constar expresamente y de forma clara la opinión de los abogados sobre el riesgo contingente reseñado.

4) La procedencia de sancionar a la sociedad MIQUEL Y COSTAS & MIQUEL SA por haber infringido sus deberes de información y transparencia con el mercado y los Inversores recogidos en el artículo 82 de la Ley del Mercado de Valores.

5) Subsidiariamente se declare el derecho de la mercantil TOBACCOS IMEX ESPAÑA a ser parte en el procedimiento, retro trayéndose las actuaciones al momento procesal oportuno.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 23 de noviembre de 2012 en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto. El

codemandado Miquel y Costas & Miquel SA presentó escrito de contestación el 5 de diciembre de 2012.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones. Se declaró concluso el procedimiento y se señaló para votación y fallo el día 1 de octubre de 2013 en que efectivamente tuvo lugar. No se ha cumplido el plazo para dictar Sentencia.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: El acto recurrido es la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de enero de 2012 por la que acuerda inadmitir el recurso interpuesto por Tobaccos Imex S.P.A contra la resolución del mismo órgano de 22 de septiembre de 2011 por la que archiva la denuncia presentada por el recurrente el 12 de julio de 2011 contra la sociedad Miquel y Costas & Miquel SA.

SEGUNDO: La primera cuestión a resolver es la planteada por el codemandado Miquel y Costas & Miquel SA en el escrito de contestación a la demanda referido al incumplimiento del requisito exigido por el artículo 45.2 d) de la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso-administrativa que establece que hay que acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo *“El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado”*.

En este caso al escrito de interposición del recurso se acompañó exclusivamente un poder para pleitos. En concreto se aportó escritura de sustitución de poder de 4 de abril de 2012 otorgada ante Notario en Barcelona en la que Doña E.D.G. en nombre de la compañía mercantil de nacionalidad italiana Tobaccos Imex SPA confiere poder entre otros al Procurador D. A.B.H.. Se indica en la escritura que *“la señora compareciente está facultada para ese otorgamiento en su calidad de apoderada de la citada compañía resultando sus facultades del poder otorgado a su favor por la expresada sociedad a través de su Presidente del Consejo de Administración. Se aporta una fotocopia de dicho poder otorgado ante un notario de Turín el 12 de septiembre de 2011 con su correspondiente traducción al castellano que se une a la escritura. En dicho poder para pleitos se indica que Don B.E. en su calidad de Presidente del Consejo de Administración y legal representante de la sociedad Tobaccos Imex S.P.A con sede en Valfenera, facultado por los estatutos sociales vigentes, con el presente documento confiere poderes especiales a Dña. E.D.G. “para que representen y defiendan la mencionada sociedad en el procedimiento que se desarrolla en los Tribunales de Barcelona contra la sociedad “Miquel y Costas & Miquel*

SA". A continuación recoge cuales son los poderes que se otorgan *"para el buen fin del presente encargo"* (presentar demandas, iniciar acciones de resarcimiento y *"hacer todo lo necesario para el buen fin del litigio que aquí se trata"*).

TERCERO: El requisito del artículo 45.2.d) Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso-administrativa resulta imprescindible para acreditar que se ha producido la formación de la voluntad de ejercitar la acción correspondiente mediante acuerdo adoptado por el órgano competente en la forma prevista por los estatutos y de que el órgano al que corresponde la representación haya otorgado el oportuno apoderamiento en favor de quien ejerza la representación directamente ante los Tribunales, para integrar el requisito de la postulación. La capacidad para ser parte de la persona jurídica no depende sólo de su mera constitución con arreglo a Derecho: Mientras en una persona física su mera comparecencia (o el otorgamiento del poder en favor del representante procesal, es decir, del procurador o, cuando es el caso, del abogado), es suficiente para demostrar su voluntad de recurrir, no sucede así en las personas jurídicas, respecto de las cuales es menester justificar que la voluntad de recurrir se ha formado de acuerdo con lo previsto en los estatutos por los que se rija conforme a la ley.

El Tribunal Supremo en sentencia de 22 de julio de 2013 (recurso de casación en unificación de doctrina) ha declarado que es doctrina reiterada del dicho Tribunal frente a algún pronunciamiento aislado (sentencia de la Sala tercera recurso 73/2009) que las personas jurídicas deben acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el documento acreditativo de haberse adoptado, por el órgano social estatutariamente competente, el acuerdo que decide entablar la acción judicial, salvo, claro está, que se hubiere incorporado o insertado en el poder de representación. Señala que *"una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito del orden de jurisdicción contencioso-administrativo lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente"*.

En este caso no consta acreditada la voluntad de la sociedad de presentar este recurso contra la resolución de archivo de denuncia acordada por la CNMV, ya que no se aporta ningún documento de la sociedad que así lo acredite y el poder aportado por la actora lo único que acredita es que se ha otorgado la representación para la defensa de *"la mencionada sociedad en el procedimiento que se desarrolla en los Tribunales de Barcelona contra la sociedad "Miquel y Costas & Miquel SA"*. Aun admitiendo en una interpretación amplia que ese poder incorpora datos del que quepa deducir que los órganos de la entidad actora competentes para ello hubieran decidido ejercitar una acción, en ningún

caso abarcaría la aquí ejercitada. En efecto dicho poder lo único que acreditaría es una voluntad de la sociedad recurrente para intervenir en los procedimientos mercantiles que se desarrollan en los Tribunales de Barcelona (Juzgados de 1ª Instancia nº 6 y 24 de Barcelona) como consecuencia de las desavenencias mercantiles derivadas de posibles incumplimiento de un contrato de distribución de 1 de enero de 2008 en virtud del cual TOBACCO'S adquirió la condición de distribuidora exclusiva de productos MC&M en Italia, San Marino, Ciudad del Vaticano y Albania pero no la aquí ejercitada.

Por lo tanto no constando que el poder aportado por la parte actora incorpore algún dato del que quepa deducir que los órganos de la entidad actora competentes para ello hubieran decidido ejercitar la concreta acción, ni tampoco habiéndose aportado ningún otro documento que acredite la voluntad de la sociedad de presentar este recurso contra la resolución de archivo de denuncia acordada por la CNMV procede declarar la inadmisión del recurso.

No procede requerir a la parte recurrente que subsane esta deficiencia ya que no ha sido este Tribunal el que ha apreciado de oficio esta circunstancia sino que ha sido planteada por la codemandada habiendo tenido oportunidad la parte de subsanar la deficiencia en el trámite de conclusiones (sentencia del pleno del TS de 5 de noviembre de 2008, 23 de noviembre de 2012 y 22 de julio de 2013).

CUARTO: Los razonamientos anteriores determinan que se inadmita el recurso. No procede hacer imposición de costas a la parte actora aun cuando no se hayan estimado ninguna de sus pretensiones ya que el requisito para su imposición conforme al artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa en la redacción dada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre es que se haya producido un rechazo de las pretensiones de la parte actora y en este caso no han sido examinadas por apreciar una causa de inadmisibilidad.

FALLO

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

INADMITIR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **TOBACCOS IMEX SPA** contra la resolución del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 19 de enero de 2012. No se hace 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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a CONCEPCIÓN MÓNICA MONTERO ELENA A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 146/2012, CON FECHA 12 DE NOVIEMBRE DE 2013.

Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, se centra en la interpretación de la regulación contenida en el artículo 45.2 d) de la Ley 29/1998:

“El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.”

Cierto es, como se recoge en la sentencia de la que se discrepa, que el Tribunal Supremo en sentencia de 22 de julio de 2013 (recurso de casación en unificación de doctrina) ha declarado que es doctrina reiterada del dicho Tribunal frente a algún pronunciamiento aislado (sentencia de la Sala tercera recurso 73/2009) que las personas jurídicas deben acompañar al escrito de interposición del recurso contencioso-administrativo el documento acreditativo de haberse adoptado, por el órgano social estatutariamente competente, el acuerdo que decide entablar la acción judicial, salvo, claro está, que se hubiere incorporado o insertado en el poder de representación. Señala que *“una cosa es el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito del orden de jurisdicción contencioso-administrativo lo primero que ha de comprobarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente”*.

Ahora bien, concurre una circunstancia que, a mi juicio, modula la decisión de inadmisión de la sentencia, cual es que la sociedad es extranjera.

Efectivamente, el artículo 8 del Real Decreto Legislativo 1/2010 establece:

“Serán españolas y se registrarán por la presente ley todas las sociedades de capital que tengan su domicilio en territorio español, cualquiera que sea el lugar en que se hubieran constituido.”

Y el Código de Comercio en su artículo 15 establece:

“Los extranjeros y las compañías constituidas en el extranjero podrán ejercer el comercio en España; con sujeción a las leyes de su país, en lo que se refiera a su capacidad para contratar, y a las disposiciones de este Código, en todo cuanto concierna a la creación de sus

establecimientos dentro del territorio español, a sus operaciones mercantiles y a la jurisdicción de los Tribunales de la nación.

Lo prescrito en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo que en casos particulares pueda establecerse por los Tratados y Convenios con las demás potencias.”

Al margen de los problemas de interpretación conjunta del artículo 8 y 15 citados, lo cierto es que la actora es extranjera por encontrarse domiciliada en Italia, -como resulta de los poderes presentados -, por aplicación del artículo 28 del Código Civil:

“Las corporaciones, fundaciones y asociaciones, reconocidas por la ley y domiciliadas en España, gozarán de la nacionalidad española, siempre que tengan el concepto de personas jurídicas con arreglo a las disposiciones del presente Código.

Las asociaciones domiciliadas en el extranjero tendrán en España la consideración y los derechos que determinen los tratados o leyes especiales.”

Y respecto a la comparecencia en juicio, el artículo 7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ordena:

“Por las personas jurídicas comparecerán quienes legalmente las representen”

La representación legal viene referida al concepto de la capacidad, y, en el caso de las sociedades extranjeras, por aplicación del citado artículo 15, esa capacidad se rige por las leyes del país de su nacionalidad.

Por ello, y conforme a lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 29/1998 los *requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación*, que vienen referidos a la representación legal para comparecer en juicio y ejercitar acciones, han de atenerse a los estatutos de la entidad actora y las normas del Derecho de su país en cuanto a la representación suficiente, porque, como decíamos, afecta a la capacidad y se produce la remisión al Derecho extranjero por mandato del artículo 15 del Código de Comercio.

Así la cosas, entiendo que la Sala debió requerir a la actora para que presentase sus estatutos y las normas reguladoras de su capacidad – siendo Derecho extranjero debe probarse -, antes de emitir un pronunciamiento de inadmisión que impide el acceso a la tutela judicial efectiva.