

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE ABRIL DE 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 711/2021
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 26 de noviembre de 2020, confirmada en reposición por resolución del mismo órgano de fecha 13 de mayo de 2021.
Fallo: Inadmisión

Madrid, a diez de abril de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **D. JMS y D. LMS**, representados por la Procuradora **D^a. MLR** contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, CNMV**, representada por el abogado del Estado, y actuando como codemandados, **CODERE S.A. y SILVER POINT CAPITAL MANAGEMENT LLC**, sobre **ARCHIVO DENUNCIA**, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, CNMV, y es la resolución adoptada en sesión celebrada el 26-11-2020 que acordó el archivo de la denuncia presentada en su día por la hoy parte actora en relación con supuestos incumplimientos relativos a una opa obligatoria sobre Codere, SA, cuya resolución de archivo fue posteriormente confirmada en reposición.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, finalizado el periodo de prueba y finalizado el periodo de conclusiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 9-4-2024, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución adoptada por la CNMV en sesión celebrada el 26-11-2020 que acordó el archivo de la denuncia presentada en su día por la hoy parte actora en relación con supuestos incumplimientos relativos a una opa obligatoria sobre Codere, SA, cuya resolución de archivo fue posteriormente confirmada en reposición.

La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- Podemos preannunciar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo por falta de legitimación activa de la parte actora [artículo 69.b) de la LJ]. A tal efecto conviene traer a colación la jurisprudencia producida sobre la legitimación en el recurso contencioso del denunciante en la vía administrativa, cuya jurisprudencia sintetizamos a continuación mediante la transcripción parcial de dos sentencias del Tribunal Supremo.

La sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) nº 68/2019, de 28 de enero, dijo lo siguiente (en lo que ahora interesa):

<<FUNDAMENTOS DE DERECHO: La presente controversia se centra, tal y como se afirmó en el Auto de admisión en establecer si es necesario aclarar y, en su caso, matizar la jurisprudencia que interpreta el artículo 19.1 a) LJCA respecto de la posible legitimación del denunciante para impugnar ante los tribunales contencioso-administrativos la sanción impuesta en un procedimiento sancionador, pretendiendo la modificación y consiguiente agravación de la infracción apreciada y de la sanción impuesta.

Para ello, conviene recordar la jurisprudencia existente.

Para apreciar el requisito de la legitimación en una determinada persona física o jurídica, es preciso, salvo en los excepcionales supuestos en los que nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de una acción pública, que exista un interés legítimo en la pretensión ejercitada, que debe ser identificado en la interposición de cada recurso contencioso administrativo. Así, la legitimación, que constituye un presupuesto inexcusable del proceso, "implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto". (SSTS de 13 de diciembre de 2005 (recurso 120/2004) y 20 de marzo de 2012 (recurso 391/2010).

En suma, la jurisprudencia existente define el interés legítimo, base de la legitimación procesal a que alude el artículo 19 LJCA, como "la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta".

Esa concreta relación entre la persona física o jurídica y la pretensión ejercitada en cada proceso, explica el carácter casuístico que presenta la legitimación, que también ha sido puesto de relieve por la jurisprudencia de esta Sala, en sentencias de 24 de mayo de 2006 (recurso 957/2003) y 26 de junio de 2007 (recurso 9763/2004), por lo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, sino que habrá de indagarse en cada caso la presencia del interés legítimo de la parte, a cuyo fin sirve el proceso.

Específicamente, y por lo que respecta a la legitimación del denunciante, la jurisprudencia existente puede sintetizarse en los siguientes puntos:

- Como regla general, el denunciante, por el simple hecho de su denuncia, no tiene interés legitimador para exigir la imposición de sanciones, sean pecuniarias o de otro tipo. Así, se ha afirmado de forma reiterada que "ciertamente, de la condición de denunciante, únicamente y por sí misma, no se deriva legitimación para impugnar la resolución que pone fin al procedimiento sancionador, pues como se viene reiteradamente sosteniendo por la jurisprudencia el concepto de denunciante no es coincidente con el de parte interesada o titularidad de un derecho o interés legítimo en palabras del art. 19 de la LJCA". (STS, Sala Tercera de 18 de mayo de 2001 -recurso 86/1999- que recoge sentencias anteriores de 16 de marzo de 1982 y 28 de noviembre de 1983).

- Este principio general no implica, sin embargo, que el denunciante carezca legitimación en todos los casos, pues la tendrá cuando, además de ser denunciante, sea titular de un interés legítimo. En este sentido, la STS de 24 de enero de 2000, sostiene que el denunciante puede tener legitimación activa cuando "la anulación del acto que se recurre produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro para el legitimado". Es por ello, que en la determinación de cuando existe o no ese beneficio o perjuicio hay que acudir a cada supuesto concreto. El Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de enero de 2001, ha señalado que "[...] el dato de si la imposición de una sanción puede producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o puede eliminar una carga o gravamen en esa esfera, y será así, en cada caso, y en función de lo pretendido, como pueda darse la contestación adecuada a tal cuestión, no siéndolo la de que la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés". (SSTS de 21 de noviembre de 2005), 30 de noviembre de 2005 y más recientemente STS de 22 de mayo de 2007 (rec. 6841/2003).

- Se ha reconocido la legitimación activa del denunciante cuando el interés que hace valer en la demanda se centra en que se desarrolle una actividad de investigación y comprobación a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de atribuciones del órgano competente para sancionar (SSTS, Sala Tercera, Sección 7ª, de 13 de octubre de 2004 (rec. 568/2001), 17 de marzo de 2005 (rec. 44/02), 5 de diciembre de 2005 (rec. 131/2002), 26 de diciembre de 2005, 19 [sic] de octubre de 2006 (rec. 199/2003) y 12 de febrero de 2007 (rec. 146/2003), entre otras). Por ello, se ha admitido legitimación para impugnar el archivo de un procedimiento sancionador cuando lo que se pretende en el proceso no es la imposición de una sanción sino que el órgano administrativo desarrolle una actividad de investigación y comprobación suficiente a fin de constatar si se ha producido una conducta irregular que merezca una respuesta en el marco de las atribuciones que dicho órgano tiene encomendadas (por todas STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 12 de febrero de 2007 (rec. 146/2003).

- Sin embargo, se ha negado legitimación para solicitar la imposición de una sanción o agravación de la ya impuesta. La jurisprudencia se asienta en la idea de que la imposición o no de una sanción, y con mayor motivo cuando lo que se pretende es cuestionar la gravedad de la sanción impuesta, no produce, como regla general, efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera (SSTS de 25 de marzo de 2003 y las que en ella se citan de 12 de diciembre de 2012, 19 de diciembre de 2017 y STS nº 1033/2018, de 18 de junio (rec. 178/2017). Partiendo de esta consideración, se afirma que "el interés determinante de la legitimación de un denunciante no comprende, [...] que esa actuación investigadora termine necesariamente con un acto sancionador" (STS, Sala Tercera, Sección Séptima, de 14 de diciembre de 2005 (rec. 101/2004) y STS de 13 de octubre de 2004 (rec. 568/01). Esta jurisprudencia ha llevado a esta Sala a denegar la legitimación en numerosos supuestos de actores que reclamaban alguna sanción ante el Consejo General del Poder Judicial, en materia de disciplina de entidades bancarias (STS de 24 de enero de 2.007, rec. 1.408/2.004) o en materia de contabilidad (STS de 11 de abril de 2.006), entre otras.

Así, la jurisprudencia ha descartado que puedan considerarse como beneficios o ventajas la mera alegación de que "la imposición de la sanción constituye por sí misma la satisfacción de un interés" (STS de 23 de mayo de 2003 y 3 de noviembre de 2005). La STS de 26 de noviembre de 2002 ha afirmado que "el denunciante ni es titular de un derecho subjetivo a obtener una sanción contra los denunciados, ni puede reconocérsele un interés legítimo a que prospere su denuncia, derecho e interés que son los presupuestos que configuran la legitimación, a tenor del artículo 24,1 de la Constitución y del art. 31 de la Ley 30/92, sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la

sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante [...]". Jurisprudencia que ha permanecido constante en las STS de 12 de diciembre de 2012, de 19 de diciembre de 2017 y de 14 [sic] de junio de 2018 (rec. 474/2017) entre otras muchas, afirmándose que no se ostenta legitimación para la imposición o no de una sanción por entender que "no produce efecto positivo alguno en la esfera jurídica del denunciante, ni elimina carga o gravamen alguno de esa esfera".

- Ello no impide apreciar la existencia de un interés legítimo en algunos casos. Así, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 11 de abril de 2006 (rec. 2543/2003) señalaba que "[...] Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, sentencia de 14 de diciembre de 2005, recurso directo 101/2004)" y la STS 21 de septiembre de 2015 (rec. 4179/2012) lo ha admitido cuando el interés en que se imponga una sanción pudiese tener incidencia directa en su esfera patrimonial. También se ha reconocido cuando le reporte ventajas que no necesariamente ha de vincularse con la posibilidad de obtener una reparación por los daños y perjuicios causados por la conducta denunciada, sino que puede traducirse en la adopción de diversas medidas correctoras en defensa de la competencia, como las destinadas a acordar el cese de la conducta infractora que le perjudica (STS de 19 de octubre de 2015 (rec. 1041/2013) o la obtención de beneficios competitivos (STS de 18 de junio de 2014 (rec. 2096/2013), 17 de julio de 2014 (rec. 3471/2013).

- Finalmente, se ha negado esa legitimación cuando se invoca un mero interés moral afirmándose que "sin que valgan como sostenedores de ese interés los argumentos referidos a que se corrijan las irregularidades, o a que en el futuro no se produzcan, o a la satisfacción moral que comportaría la sanción, o la averiguación de los hechos, para el denunciante, [...]" (STS, de 26 de noviembre de 2002 y de 22 de mayo de 2007 (rec. nº 6841/2003). --- >>.

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 18 de mayo de 2015 dijo lo siguiente (en lo que ahora es de interés):

<<FUNDAMENTOS DE DERECHO: TERCERO.- --- En nuestra sentencia de 9 de junio de 2014 (recurso 5215[sic]/2011), distinguíamos entre resoluciones de la AEPD que acuerdan el archivo "a limine" de la denuncia, sin llevar a cabo ninguna actividad tendente a la comprobación de los hechos denunciados, de aquellas otras en las que la AEPD había realizado actuaciones dirigidas a la averiguación de los hechos objeto de denuncia, de suerte que la decisión de archivo del expediente fue adoptada por la AEPD tras esa actividad investigadora y de comprobación de los hechos y como consecuencia de la misma.

En dicha sentencia estimamos aplicable la doctrina jurisprudencial recogida en las sentencias que se indicaban, recaídas en relación con expedientes sancionadores del Consejo General del Poder Judicial, que también ha sido aplicada en el ámbito que nos ocupa del ejercicio de las potestades sancionadoras de la AEPD, por la sentencia de este Tribunal de 24 de enero de 2013 (recurso 5172010[sic]), que "reconoce legitimación al denunciante para demandar el desarrollo de la actividad investigadora que resulte conveniente para la debida averiguación de los hechos que hayan sido denunciados, pero no para que esa actividad necesariamente finalice en una resolución sancionadora: y esto último, porque la imposición de una sanción a la persona denunciada, al no producir efecto positivo alguno en la esfera

jurídica del denunciante, ni eliminar carga o gravamen de clase alguna en dicha esfera, no encarna el interés real que resulta necesario para que pueda ser apreciada la legitimación que, como inexcusable presupuesto del proceso contencioso administrativo, exige el artículo 19 de la Ley Jurisdiccional".

En el presente caso, se desarrollaron por la AEPD actuaciones previas de averiguación y comprobación de los hechos denunciados. En efecto, una vez interpuesta la denuncia por la parte recurrente, la AEPD inició unas actuaciones previas de investigación, para el esclarecimiento de los hechos denunciados y, a este efecto, requirió al Comité de Empresa de Educación de la Junta de Castilla y León determinada información, en relación con los hechos denunciados, entre la que figuraba el NIF del Comité de Empresa, copia de la documentación remitida por el Comité de Empresa de la Consejería de Sanidad y Familia de Burgos, en relación con el asunto denunciado, e información sobre la habilitación legal de los Comités de Empresa para la comunicación entre sí de tales datos. Por tanto, la decisión de archivo objeto del presente recurso se adoptó por el Director de la AEPD como resultado de las actuaciones de comprobación y averiguación de los hechos denunciados, una vez recibida la documentación requerida y después de emitirse informe por el Inspector de Datos sobre las actuaciones previas.

En la impugnación en vía jurisdiccional de ese acuerdo de archivo de las actuaciones previas, la parte recurrente dedujo en su escrito de demanda la pretensión de que el Comité denunciado fuera sancionado con arreglo a la Ley Orgánica de Protección de Datos. Así resulta expuesto al final del apartado denominado "cuestión de fondo" de la demanda, en el que la parte recurrente sostiene que procede "la imposición de una sanción en su grado máximo, al responsable y encargado del fichero manejado por los Comités de empresa de la Junta de Castilla y León en el presente supuesto, por la comisión de una infracción, leve, grave o muy grave de la LOPD", y de acuerdo con dicho fundamento, incluye en el suplico de su demanda la petición a la Sala de instancia de que dicte sentencia que revoque la resolución recurrida, la deje sin efecto, y acuerde, previos los trámites legales, "sancionar o iniciar procedimiento sancionador contra los responsables y encargados del tratamiento del fichero manejado por los Comités de Empresa de Castilla y León respecto a la recurrente por infracción leve, grave o muy grave de la LOPD, para que se les sanciones".

La sentencia recurrida es plenamente conforme a los criterios jurisprudenciales que se acaban de exponer, al apreciar la falta de legitimación activa de la parte recurrente para impugnar el acuerdo de la AEPD, por carecer de un interés legítimo a que el Comité de empresa denunciado fuera sancionado, que es en lo que consistía la pretensión deducida en la demanda, como se ha visto>>.

TERCERO.- Procede ahora analizar la legitimación o, en su caso, falta de legitimación activa de la parte actora en el actual recurso nº 711/2021 en función de las concretas circunstancias concurrentes y a la luz de la jurisprudencia que acabamos de extraer.

En relación con la posible opa obligatoria de Codere, SA la parte actora presentó, por una parte, una denuncia ante la CNMV, y, por otra parte, instó la apertura de un expediente para que se obligase a determinadas personas a formular una opa obligatoria sobre las acciones de Codere, SA. La meritada denuncia dio lugar a las correspondientes actuaciones de investigación, que fueron archivadas, y frente a dicho archivo se ha interpuesto este recurso contencioso nº 711/2021. De otro lado, la CNMV rechazó la apertura de un expediente para obligar a ciertas personas a la postulada formulación de una opa obligatoria, y frente a dicho rechazo se presentó el recurso contencioso-administrativo nº 1511/2021. En este último recurso se ha dictado con esta misma fecha una sentencia desestimatoria sobre la base de que la pretensión ejercitada es legalmente

imposible porque (se ha dicho): *“primero, no está contemplado legalmente un procedimiento de compulsión para forzar la presentación de una opa obligatoria en caso de incumplimiento por parte del obligado a formularla; y segundo, ha sobrevenido durante la sustanciación del presente recurso contencioso una circunstancia que haría imposible la tramitación de una opa obligatoria cual es la exclusión de negociación de las acciones de Codere, SA (en liquidación) de las Bolsas de Valores”, y concluíamos: “los dos motivos que han quedado explicados justifican que la pretensión ejercitada en la demanda sea una pretensión legalmente imposible y sin amparo en el ordenamiento jurídico, haciéndola inviable, lo que determina, sin más circunloquios, la desestimación del actual recurso”.*

Los dos referidos recursos, el nº 711/2021 y el nº 1511/2021, están relacionados, sin que ello implique que exista una relación de prejudicialidad entre los mismos, si bien, como vamos a ver, la desestimación del recurso nº 1511/2021 tiene incidencia o alcance al valorar la legitimación activa de la parte actora en el presente recurso nº 711/2021.

Es importante advertir, en el contexto de la jurisprudencia que quedó más atrás extractada, que el archivo que se impugna en el presente recurso nº 711/2021 no se produjo a limine, sino tras la práctica de múltiples y diversas actuaciones de investigación llevadas a cabo por la CNMV con carácter previo al dictado de las resoluciones recurridas, las cuales (la originaria y de contrariamente a lo alegado por la actora, no solo analizaron la inicialmente denunciada concertación entre accionistas sino también la toma de control del consejo de administración por acuerdo con los consejeros independientes, lo que ha sido rechazado por la CNMV, que no ha encontrado indicios suficientes al respecto y por ello ha tomado la decisión de archivar tras un estudio de las numerosas actuaciones practicadas. Se puede compartir o no la decisión de archivar, pero no se puede negar la actividad de investigación llevada a cabo por la CNMV, que tomó la decisión de archivar al considerar suficiente el material de que disponía tras la labor de indagación realizada.

Recapitulando lo anterior es de observar que tenemos unas actuaciones de averiguación archivadas y una solicitud de apertura de un expediente para forzar la presentación de una opa obligatoria, siendo esta última solicitud legalmente imposible o de imposible cumplimiento legal según la sentencia recaída en el recurso nº 1511/2021.

Dicho lo anterior, es de recordar que el interés del denunciante en vía administrativa no le confiere sin más legitimación activa en la vía contencioso-administrativa, que al denunciante se le reconoce interés para demandar las actuaciones de investigación propias del órgano competente y que para su legitimación activa en el recurso contencioso-administrativo debe ostentar un interés adicional que vendría representado por el beneficio o ventaja que le reportaría una sentencia estimatoria, siendo este beneficio o ventaja el interés real que le invertiría de la condición necesaria para tener legitimación activa en el recurso contencioso.

En el caso enjuiciado ya consignamos que los dos recursos, el presente con el nº 711/2021 y el nº 1511/2021, están relacionados, cuya relación aflora ahora al valorar la cuestión de la legitimación activa de la parte actora en el actual recurso. El interés en cuanto denunciante de la hoy actora quedó satisfecho con la prolija actividad de investigación que precedió a la decisión de archivo de las actuaciones. Tras numerosas actuaciones de averiguación respecto de la denuncia formulada la CNMV decidió archivar dichas actuaciones al no encontrar indicios suficientes para incoar un procedimiento sancionador, cuya decisión se puede compartir o no, siendo, no obstante,

incuestionable la labor investigadora llevada a cabo por la CNMV en el ejercicio de sus competencias.

Pues bien, satisfecho el interés de la parte actora en cuanto denunciante en virtud de lo que acabamos de decir, su legitimación activa en el actual recurso contencioso exigía poder exhibir un interés adicional representado por el beneficio o ventaja que le reportaría el dictado de una eventual sentencia estimatoria en el presente recurso, sin que a tal efecto baste, como es sabido, esgrimir un interés por la legalidad o la satisfacción moral derivada de una eventual sanción. La parte demandante podría tener la expectativa de que una hipotética sentencia estimatoria en este recurso nº 711/2021 podría tener efectos favorables para la suerte del recurso nº 1511/2021, cuya expectativa podría exhibir como un interés real para conferirle legitimación activa en el presente recurso, pero aquella expectativa se desvanece ante la suerte desestimatoria de la sentencia recaída en este último recurso nº 1511/2021 al ejercitarse una pretensión legalmente imposible, y, siendo ello así, no aparece ningún otro beneficio o ventaja derivado para la demandante de una eventual sentencia estimatoria en el presente recurso que pueda presentarse como un interés real digno de protección para conferir a dicha parte el imprescindible requisito, en cuanto presupuesto procesal, de la legitimación activa.

En resumen, satisfecho el interés de la actora en cuanto denunciante por la actividad de investigación desarrollada por la CNMV, no aparece el interés legítimo necesario para erigirse en parte demandante en el presente recurso, que por todo ello debe declararse inadmisibles [artículo 69.b) de la LJ].

CUARTO.- El rechazo del recurso conlleva la imposición de costas (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso-administrativo.
- 2) Imponer las costas del recurso a la parte actora.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.