

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 26 DE OCTUBRE DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 463/2011
Ponente: D.ª Concepción Mónica Montero Elena
Acto Impugnado: Resolución de la CNMV de 9 de junio de 2011
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Ferromaig SICAV, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D.ª A.L.P., 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 9 de junio de 2011, siendo la cuantía del presente recurso indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Ferromaig SICAV, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D.ª A.L.P., 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 9 de junio de 2011, 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, tenidos por unidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintitrés de octubre 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 9 de junio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"Revocar y cancelar la inscripción en el Registro administrativo de la CNMV de Ferromaig SICAV S.A. (inscrita en el correspondiente registro de la CNMV con el núm. 2255) al haber incumplido el número de accionistas mínimo exigido en el artículo 6 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de la ley 35/2003 de 4 de noviembre aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre y haber transcurrido el plazo de un año previsto en los

artículos 13.1 de la citada Ley y 16.1 de su Reglamento, sin haber procedido a su reconstitución permanente".

SEGUNDO: Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes:

Ferromaig, SICAV S.A. se inscribió el día 12 de abril de 2002 con el núm. 2255 en el Registro de Sociedades de Inversión de la CNMV, encomendándose la gestión de sus activos a la gestora Inversis Gestión SGIC S.A.

El Departamento de Supervisión de ICC y ECR informó al Departamento de Autorización y Registros de Entidades que la actora durante un año había incumplido la obligación de tener un número mínimo de socios.

En concreto, el número de accionistas mensual fue el siguiente:

- Noviembre 2009, 98
- Diciembre 2009, 105
- Enero 2010, 104
- Febrero 2010, 104
- Marzo 2010, 104
- Abril 2010, 103
- Mayo 2010, 102
- Junio 2010, 100
- Julio 2010, 100
- Agosto 2010, 100
- Septiembre 2010, 100
- Octubre 2010, 97
- Noviembre 2010, 97.

Es decir, a lo largo de doce meses durante tres tuvo menos de cien accionistas.

La actora admite expresamente que el número de accionistas de la entidad fue precisamente el recogido anteriormente, y señalado por la CNMV en la resolución impugnada, pero señala que teniendo en cuenta las cotitularidades, el número de accionistas reales es superior a cien.

TERCERO: Los hechos que analizamos son idénticos a los planteados en el recurso 4391/2011, resuelto por nuestra sentencia de treinta y uno de mayo de dos mil doce, siendo igualmente idénticos los argumentos esgrimidos por la recurrente frente a la Resolución impugnada, por lo que, en virtud del principio de unidad de doctrina, hemos de recordar los fundamentos y razonamientos que en tal sentencia recogimos:

"CUARTO- En primer lugar es preciso recordar cual es la normativa de aplicación:

- El artículo 6 pfo 3 del Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre establece que el número de accionistas de una sociedad de inversión no será inferior a 100.

- El artículo 16.1 del referido Reglamento que desarrolla el pfo. 2 del art. 13.1.a) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva establece que, cuando por circunstancias del mercado o por el obligado cumplimiento de la ley o de las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas "el número de accionistas de una sociedad de inversión, descendieran de los mínimos establecidos en el Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, dichas sociedades gozarán del plazo de un año durante el cual podrán continuar operando como tales.

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

El texto pone claramente de manifiesto cuando se empieza a contar el año: cuando el número de accionistas descienda de los mínimos establecidos, es decir, en este caso, en el mes de noviembre de 2009, con 92 accionistas.

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

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

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

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

alega la CNMV, por no tratarse en este caso de un procedimiento de revisión de actos administrativos.

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

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

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

QUINTO-. Se alega a continuación que la propia SICAV realizó una comunicación errónea de accionistas, al no tener en cuenta las cotitularidades de algunas acciones de NORAM: "todo cotitular que además se encuentra inscrito como accionista de la sociedad, es per se accionista y no medio accionista de la sociedad".

La Ley de Sociedades de Capital establece:

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

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

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

Y como recuerda la Administración, en la Circular 3/2008 de 11 de septiembre de la CNMV sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva, que se aprobó a fin de adaptar el régimen contable de las instituciones de inversión colectiva, tanto financieras como inmobiliarias al Plan General de

Contabilidad aprobado por el R.D. 1514/2007, se señala que los cotitulares de una cuenta se consideran un único partícipe.

Se alega que las circunstancias del mercado permiten un descenso de los accionistas mínimos establecidos por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 35/2003. Aun dando por válido que efectivamente las circunstancias del mercado justifiquen el descenso, es en el propio precepto que las menciona que se exige la reconstitución del número de accionistas. Por otra parte, no consta que se hayan explicitado exactamente qué circunstancias son las que han originado el descenso del número mínimo de accionistas en los meses indicados.

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

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho."

Los razonamientos anteriores dan respuesta a los argumentos recogidos en la demanda, tanto el cómputo de un año, como la interpretación de las normas de aplicación, así como la cuestión relativa al cambio de criterio administrativo y el tratamiento de las cotitularidades.

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 desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Ferromaig SICAV, S.A., y en su nombre y representación la Procuradora Sra. D.ª A.L.P., 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 9 de junio de 2011, 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 no 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.