

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 18 DE SEPTIEMBRE DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº: 2742/2017
Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de marzo de 2017
Fallo: Inadmisión

En Madrid, a 18 de septiembre de 2017.

HECHOS

PRIMERO.- La Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional ha dictado, con fecha 16 de marzo de 2017, sentencia por la que se desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Inversión, Gestión y Desarrollo de Capital Riesgo de Andalucía, SGEIC, S.A. contra la resolución del subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del ministro de Economía y Competitividad, de 25 de mayo de 2015, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 22 de octubre de 2014, por la que se acuerda imponer a dicha mercantil una sanción de 30.000 euros por la comisión de una infracción grave de las tipificadas en el artículo 52.2.e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, en relación con el artículo 26 del mismo texto legal, por los incumplimientos contables de la Norma 7ª.3 y 11ª.4 de la Circular 11/2008, de 30 de diciembre, de la CNMV.

La sentencia desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto al considerar, en lo que aquí interesa, lo siguiente:

-En relación con la aplicación retroactiva del artículo 94.b) de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por la que se regulan las entidades de capital-riesgo, otras entidades de inversión colectiva de tipo cerrado y las sociedades gestoras de entidades de inversión colectiva de tipo cerrado, y por la que se modifica la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, como norma sancionadora más favorable que, según el recurrente, llevaría a que no hubiera sanción alguna, ya que la contabilidad se ha llevado de acuerdo a criterios contables establecidos legalmente y sin que las presuntas deficiencias apuntadas por la CNMV hayan supuesto que se desvirtuara la imagen patrimonial de la SCR, la sentencia razona que la recurrente hace una lectura parcial del precepto, no diferenciando los dos supuestos tipificados en el mismo como infracción grave y cuya separación viene marcada por la locución conjuntiva "*así como*". Añade que la línea divisoria entre infracción grave/muy grave en las dos leyes está en lo siguiente: *En la Ley 25/2005, en que la irregularidad impida conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad; *En la Ley 22/2014, en que las deficiencias pongan en peligro la solvencia o viabilidad de la entidad. Y concluye que en el supuesto enjuiciado en que no se estaba llevando a cabo la contabilidad de la sociedad de acuerdo con la Circular 11/2008, no entra en juego ninguna matización posible con base a que se desvirtúe o no la imagen patrimonial. Además, este último aspecto –el que no se desvirtúe la imagen patrimonial- serviría, en su caso, no para excluir automáticamente la responsabilidad, sino para remitir a la infracción leve contable, centrada en el mero uso de criterios contables distintos a los establecidos legalmente. Y en la medida en que la sentencia confirma los incumplimientos contables de las Normas 7ª.3 y 11ª.4 de la

Circular 11/2008, que aunque no impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la recurrente, sí que revierten en la incorrecta valoración de los activos financieros, por lo que no procede degradación punitiva alguna con base de la aplicación retroactiva de la nueva Ley 22/2014, pues al amparo de la misma también nos encontramos ante una infracción grave.

-En relación con la vulneración de los principios de legalidad sancionadora y de tipicidad, la sentencia, con invocación de la sentencia de esta Sala del Tribunal Supremo de 27 de junio de 2006 (recurso de casación 10089/2003), considera que la infracción está suficientemente definida por el propio legislador: irregularidades contables, y es dentro de esa determinación legislativa previa donde se incluye la remisión a la particular normativa al respecto; añade que la Circular 11/2008 contiene concreción más que suficiente de las específicas y especiales obligaciones contables exigibles a estas singulares entidades.

SEGUNDO.- El procurador D. L.R.N., en representación de Inversión, Gestión y Desarrollo de Capital Riesgo de Andalucía SGEI, S.A. y asistido del letrado D. E.C.A., ha preparado recurso de casación contra la citada sentencia de 16 de marzo de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo, de la Audiencia Nacional Sección (procedimiento ordinario 309/2015).

La parte recurrente, en relación con el principio de retroactividad favorable, denuncia la infracción de los artículos 25.1 CE, 128 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC) y 26 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en relación con los artículos 52.2.e) de la Ley reguladora de las entidades de capital riesgo del año 2005 y 94.b) de la Ley reguladora de las entidades de capital riesgo del año 2014, así como la doctrina establecida por las sentencias del Tribunal Constitucional números 85/2006, de 27 de marzo; 8/1981, de 8 de marzo; 51/1985, de 10 de abril; 177/1994, de 10 de junio; 129/1996, de 9 de julio; y 215/1998, de 11 de noviembre. Alega, en síntesis, que no se sancionó a su representada por el modo o momento en que formularon las cuentas (obligaciones formales), sino por los criterios contables empleados (obligaciones materiales), y sin embargo la sentencia, para desactivar el alegato de la retroactividad favorable, considera que lo que se sanciona no son irregularidades contables propiamente dichas, sino la vulneración de las normas sobre formulación de cuentas o el modo en que debe llevarse los libros y registros oficiales.

Y en relación con el principio de reserva de Ley en materia sancionadora, considera infringidos los artículos 25.1 CE, 127 LRJPAC y 25 LRJSP, en relación con el artículo 52.2.e) de la Ley reguladora de las entidades de capital riesgo del año 2005, así como la doctrina establecida en las sentencias del Tribunal Constitucional números 50 y 52/2003, de 17 de marzo; 132/2003, de 30 de junio; 161/2003, de 15 de septiembre; y 193/2003, de 27 de octubre. Alega que el razonamiento de la sentencia no es ajustado a derecho por cuanto invoca un supuesto resuelto por sentencia del Tribunal Supremo sustancialmente

diferente al enjuiciado en este procedimiento, ya que no en ningún caso analiza si el tipo infractor aplicable contiene el “núcleo esencial” de la conducta infractora.

Para la apreciación del interés casacional objetivo la parte recurrente invoca las letras b) y e) del artículo 88.2 LJCA, y las letras a) y d) del apartado 3 del citado artículo 88.

En cuanto al artículo 88.3.a) LJCA, afirma la recurrente que no existe jurisprudencia sobre las siguientes cuestiones: (i) Sobre si la tipificación de la infracción aplicada a mi representada se ha reformulado en 2014 de forma que una sociedad de capital riesgo sólo puede ser sancionada si comete irregularidades de orden contable que desvirtúen la imagen patrimonial de la entidad; y (ii) Sobre si la expresión “irregularidades de orden contable” define adecuadamente el “núcleo esencial” del artículo 55.2.e) de la reguladora de las entidades de capital-riesgo del año 2005, satisfaciendo la garantía de la reserva de Ley en materia sancionadora. Invoca asimismo la presunción de interés casacional establecida en el artículo 88.3.d) LJCA, al haber sido emitida la sanción por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Añade que concurre el supuesto de interés casacional contemplado en el artículo 88.2.b) LJCA, al sentar la sentencia una doctrina gravemente dañosa a los intereses generales, especialmente en relación con la garantía de la reserva de Ley, al dejar sentado la sentencia que la expresión “irregularidades de orden contable” delimita con la suficiente certeza el “núcleo esencial” del tipo infractor. Por último, considera concurre el apartado e) del artículo 88.2 de la LJCA, por aplicación errónea de la doctrina constitucional respecto de los principios de retroactividad favorable y de reserva de Ley.

TERCERO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 19 de mayo de 2017, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala la mercantil Inversión, Gestión y Desarrollo de Capital Riesgo de Andalucía SGEIC, S.A., en concepto de parte recurrente, y el abogado del Estado en concepto de parte recurrida, quien manifestó su oposición a la admisión del presente recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La sentencia contra la que se prepara el presente recurso de casación desestima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil Inversión, Gestión y Desarrollo de Capital Riesgo de Andalucía, SGEIC, S.A. contra la resolución del subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del ministro de Economía y

Competitividad, de 25 de mayo de 2015, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de 22 de octubre de 2014, por la que se acuerda imponer a dicha mercantil una sanción de 30.000 euros por la comisión de una infracción grave de las tipificadas en el artículo 52.2.e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las entidades de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, en relación con el artículo 26 del mismo texto legal, por los incumplimientos contables de la Norma 7ª.3 y 11ª.4 de la Circular 11/2008, de 30 de diciembre, de la CNMV.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, « [...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

TERCERO.- Junto a la invocación del artículo 88.2.b) y e) de la LJCA, en el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 de la LJCA para razonar la concurrencia del interés casacional. Centrándonos en estos últimos, conviene aclarar que la presunción recogida en los citados apartados del precepto no es absoluta pues el propio artículo 88.3, *in fine*, permite inadmitir (mediante «auto motivado») los recursos inicialmente beneficiados por la presunción cuando este Tribunal Supremo «*aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*».

Con relación a este inciso del precepto procede puntualizar que la inclusión del adverbio «manifiestamente» implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable, sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso).

CUARTO.- Pues bien, aplicando estas premisas al caso que nos ocupa, hemos de concluir que las cuestiones planteadas y las alegaciones desplegadas en el escrito de preparación deben considerarse manifiestamente carentes de interés casacional.

En efecto, en relación con la pretendida aplicación retroactiva del artículo 94.b) de la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, la sentencia recurrida pondera las circunstancias del caso, y concluye que la conducta por la que se sancionó a la recurrente también estaría tipificada como infracción grave en la citada Ley de 2014. De esta forma, el litigio, en este particular, presenta un cariz marcadamente casuístico, al estar ligados a la apreciación de los datos fácticos concurrentes en el caso individualmente considerado, pues admitir a trámite el recurso supondría efectuar un examen de los concretos hechos por los que se ha sancionado a la recurrente para decidir si los mismos, conforme a la Ley de 2014, incurrían o no en el tipo de infracción contemplada por el precepto en cuestión, y, más en concreto, supondría examinar si la conducta de la recurrente encaja en el primer o en el segundo supuesto de los contemplados por el art. 94.b) de la Ley de 2014, pues de ello dependería el que se exigiera o no, para poder sancionar, que la irregularidad cometida desvirtúe la imagen patrimonial de la sociedad.

Y en relación con la vulneración por el artículo 52.2.e) de la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, de los principios de legalidad sancionadora y de tipicidad, debe señalarse que dicha Ley ha sido derogada por la Ley 22/2014, de 12 de noviembre, por lo que, vista la función nomofiláctica del nuevo recurso de casación, no hay necesidad de establecer jurisprudencia sobre una norma que ha sido derogada y cuyo contenido difiere sustancialmente del actualmente previsto por el artículo 94 de la Ley 22/2014 para las infracciones graves.

QUINTO.- Procede, por tanto, declarar la inadmisión del recurso; y, de conformidad con lo previsto en el artículo 90.8 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ello comporta la imposición de las costas a la parte recurrente. Ahora bien, como autoriza ese mismo precepto, la Sala considera procedente limitar hasta una cifra máxima de dos mil euros (2.000 €) la cantidad que la parte condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte recurrida por todos los conceptos.

Por lo expuesto,

La Sección de Admisión acuerda:

Declarar la inadmisión del recurso de casación n.º 2742/2017 preparado por la representación de Inversión, Gestión y Desarrollo de Capital Riesgo de Andalucía SGEIC, S.A. contra la sentencia de 16 de marzo de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario 309/2015, con imposición de costas a la parte recurrente en los términos señalados en el último fundamento jurídico de la presente resolución.

Así lo acuerdan y firman.