

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE JUNIO DE 2010

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº 47/07
Ponente: Doña María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 21 de diciembre de 2006
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a quince de junio de dos mil diez.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 47/2007 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don F.P.R., en nombre y representación de "P., SICAV, S.A.", contra Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 21 de diciembre de 2006, sobre revocación y cancelación en el Registro Administrativo de la CNMV; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La parte actora interpuso, en fecha 16 de febrero de 2007, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

"Que admitiendo el presente escrito y los documentos que le acompañan se tengan por presentada y debidamente formalizada la presente Demanda contra el acuerdo del Consejo de la CNMV adoptado en su sesión de 21 de diciembre de 2006, por el que se acuerda revocar y cancelar la inscripción en el Registro Administrativo de la CNMV a la entidad "P., SICAV, S.A.", dictando en su día, previos los trámites legales, sentencia por la que: Se declare la nulidad en Derecho del acuerdo mencionado, objeto del presente Recurso Contencioso Administrativo, dejándolo sin efecto. Se ordene a la CNMV inscribir de nuevo en el Registro Administrativo correspondiente, la condición, con plenos efectos, de Institución de Inversión Colectiva de naturaleza societaria, SICAV, de "P., SICAV, S.A."."

SEGUNDO.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

"Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho."

TERCERO.- Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se dictó auto con fecha 24 de octubre de 2007, acordando el mismo, con el resultado obrante en autos; tras lo cual quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de 30 de abril de 2010 se señaló para votación y fallo el día 8 de junio de 2010, en que efectivamente se deliberó y votó.

CUARTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo el Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 21 de diciembre de 2006, por el que se adoptó el Acuerdo de *"revocar y cancelar la inscripción en el Registro Administrativo de la CNMV de la sociedad "P., SICAV, S.A.", inscrita en el Registro de la CNMV con el nº 2934."*

La sociedad recurrente, como tal institución de inversión colectiva, se encuentra sometida al régimen legal específico de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva y al Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre, teniendo como Sociedad Gestora, con funciones de administración, representación y gestión a la entidad Bansabadell Inversión, S.A. y como entidad depositaria a Banco de Sabadell, S.A.

SEGUNDO.- El Consejo de la CNMV en la resolución impugnada adoptó el acuerdo consistente en:

"Revocar y cancelar la inscripción en el Registro Administrativo de la CNMV de la sociedad "P., SICAV, S.A.". (inscrita en el correspondiente registro de la CNMV con el número 2934) al existir graves dificultades para su inspección y para obtener la información que la CNMV estima necesaria para el adecuado desarrollo de sus funciones supervisoras debido a la no presentación de las cuentas anuales e informe de auditoría correspondientes al ejercicio 2004 cuyo plazo de presentación terminó el 30 de abril de 2005."

La parte actora sostiene que el citado acuerdo tan solo fue notificado a Bansabadell, entidad a la que la CNMV considera interesada, sin haber comunicado al verdadero interesado la existencia de tal procedimiento.

Además lo actuado revela, a juicio de la actora, la existencia de una situación de conflicto grave y continuado entre "P., SICAV, S.A." y las entidades gestora y depositaria, Bansabadell Inversión y Banco de Sabadell, así como también una situación de conflicto con la propia CNMV por actuaciones anteriores, como fue el acuerdo de archivo respecto de la denuncia presentada contra diversas personas y entidades del Grupo Banco Sabadell. Es más, la decisión de archivo de la citada denuncia fue objeto de impugnación a través de un recurso anterior interpuesto por la propia parte actora y que se ha substanciado ante esta misma Sala y Sección bajo el nº de Recurso 292/2006.

Ello sin dejar de reconocer que ciertamente el Consejo de Administración de "P., SICAV, S.A." no adoptó el acuerdo correspondiente de formular las cuentas anuales y de enviar el informe de gestión de la entidad correspondiente al ejercicio 2004 dentro del plazo al

efecto establecido por la ley; alega que cuando Bansabadell envía por primera vez, el 18 de octubre de 2005 la información contable y financiera en que consisten las Cuentas Anuales del ejercicio de referencia, el Consejo de "P., SICAV, S.A." consideró necesario solicitar a Bansabadell aclaración sobre determinados extremos que la actora consideraba necesarios para adoptar el acuerdo de formulación de las Cuentas.

Todos estos hechos resultan también a juicio de la actora la causa esencial y primaria del acuerdo de la CNMV aquí impugnado, y han sido sustanciados en el referido recurso nº 292/2006.

TERCERO.- Pues bien, la Sala ha resuelto dicho recurso en sentido contrario a las pretensiones de la parte actora.

Así la Sala ha declarado en su SAN de 20 de mayo de 2010, resolutoria del mencionado recurso nº 292/2006 lo siguiente:

"TERCERO.- Tratamos en primer término de la falta de legitimación activa de la parte actora, opuesta tanto por el Abogado del Estado como por la parte codemandada.

Es conocida la evolución que ha experimentado el concepto de legitimación, en la que fue un paso más la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, y el propio Tribunal Supremo ha utilizado el término "hipertrofia" para referirse al desarrollo de este concepto, en sentencias de 11 y 18 de marzo de 2000 (recursos 124/1999 y 135/1999).

Este interés legítimo se presenta en nuestra jurisprudencia con un sello distintivo que permite reconocer su existencia y amparar el ejercicio de la acción fundada en él, consistente en que con el ejercicio de la acción se obtenga -o se pueda obtener- un beneficio. Este beneficio, que comenzó siendo económico, ha ido experimentando, a la par que el mismo concepto de legitimación, una ampliación progresiva, admitiéndose en la actualidad, como encaminados a obtener un beneficio, la defensa de intereses morales o de vecindad, o puramente de carrera o profesionales. Los límites hoy de este desarrollo de la legitimación se encuentran en que no se considera interés legítimo el mero interés por la legalidad.

No obstante, debe añadirse que el problema de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, siendo preciso examinar en cada uno de ellos el concreto interés legítimo que justifique la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge.

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 (recurso de casación 3543/2003), indica que: "...en el ámbito de los procedimientos sancionadores no es posible dar normas de carácter general en relación con la legitimación, sino que hay que atender al examen de cada caso. 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–)..."

En el caso que nos ocupa, no se ha justificado en forma alguna por la recurrente, y menos aún se ha probado, siquiera indiciariamente, qué beneficio podría obtener, o qué perjuicio podría evitar, con la apertura del expediente sancionador al Banco de Sabadell y demás entidades y personas denunciadas.

La parte actora ha conocido, tras el traslado de las copias de las contestaciones del Abogado del Estado y de la parte codemandada, que dichas partes alegaron el defecto de su falta de legitimación activa, pero no obstante, no ha propuesto en el período probatorio diligencia alguna para acreditar su interés legítimo, ni ha ofrecido tampoco en el escrito de conclusiones ninguna explicación respecto de en qué consiste ese interés legitimador que las partes codemandadas niegan.

Debe estimarse la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las partes codemandadas, pues tras el silencio y falta de prueba de la parte actora sobre este punto, la Sala no puede suponer o presumir la incidencia o afectación del acto administrativo impugnado en la esfera del recurrente, en los términos requeridos para el reconocimiento de su legitimación en este recurso.

CUARTO.- A mayor abundamiento, y sin perjuicio de la falta de legitimación activa apreciada, debe indicarse que de lo actuado en este recurso se sigue que los hechos denunciados no tienen suficiente relevancia para determinar la incoación de un expediente sancionador, y por tanto debe reputarse de procedente la actuación de la CNMV que así lo decidió, archivando la denuncia.

Como resulta del Informe elaborado por la Dirección General de Entidades, Dirección de Supervisión, que no ha sido desvirtuado por la prueba practicada en este recurso, un vehículo no puede considerarse un bien mueble indispensable para el ejercicio de la actividad de inversión que desarrolla la recurrente, ni tampoco es un activo apto para la inversión por una SICAV, no obstante lo cual, el importe de las cuotas pagadas en concepto de renting del vehículo, de julio a diciembre, y después devueltas a la SICAV, suponen un 0,35% del patrimonio, por lo que cabe apreciar que se trata de una inversión de carácter ocasional y aislado, que ha sido corregida sin impacto patrimonial.

La formulación de las cuentas anuales es responsabilidad de la sociedad recurrente, incumbiendo a la entidad gestora la elaboración y puesta a disposición de las cuentas. Consta en el expediente administrativo que Bansabadell Inversión, SGIIC, S.A, hizo llegar por conducto notarial a Don A.G.E., Presidente del Consejo de Administración de "P., SICAV, S.A.", comunicaciones de fechas 8 y 21 de septiembre de 2005, reiterando otras anteriores, sobre requerimientos de la CNMV por la falta de presentación de información correspondiente a 2004, recordándole las obligaciones de los administradores de las SICAV al respecto (folios 86 a 111 del expediente).

Consta también en el expediente que por el mismo conducto notarial Bansabadell Inversión, SGIIC, S.A., remitió a Don A.G.E. escrito de 4 de octubre de 2005, acompañado de tres ejemplares de las cuentas anuales de 2004 e informe de gestión (folios 120 a 186 del

expediente). Pero lo anterior no quiere decir que fuera esa la fecha en que Bansabadell Inversión, SGIIC, S.A. puso a disposición de "P., SICAV, S.A.", las cuentas anuales de 2004, porque como explica la parte codemandada en su escrito de conclusiones, el funcionamiento normal de una entidad gestora no implica dejar constancia documental de la puesta a disposición de las SICAV de las cuentas anuales, cuya formulación corresponde a los respectivos Consejos de Administración, sino que únicamente en casos anormales se acude a la comunicación con acuse de recibo o, incluso, por conducto notarial como ocurrió en este caso.

Según razona de forma motivada el Informe antes citado de la Dirección General de Entidades, Dirección de Supervisión, de la CNMV, los informes trimestrales remitidos por la sociedad gestora a la CNMV, correspondientes a los 3 primeros trimestres de 2005, contenían información errónea, al expresar el nombre del auditor Ernst & Young y que la auditoría correspondiente a 2004 había sido favorable, cuando según la Circular que regula el contenido de los informes trimestrales, debía hacerse indicación únicamente del nombre del auditor, pero no del contenido del informe de auditoría, si bien considera la CNMV que tal información errónea tuvo un carácter meramente ocasional o aislado, por lo que no consideró que fuera constitutiva de infracción, sin que la entidad recurrente haya aportado argumentos ni elementos que desvirtúen dicha conclusión.

Finalmente, en cuanto a la negativa a la prestación de servicios de Secretaria del Consejo, consta en el expediente que Doña E.B.E., Secretaria del Consejo de Administración de "P., SICAV, S.A.", que ya había comunicado por carta de 24 de mayo de 2005 a Don A.G.E., remitida por conducto notarial, la falta de formalización de las cuentas anuales por la falta de firma de los miembros del Consejo (folios 58 a 65 del expediente), renunció a su cargo de Secretaria del Consejo en la reunión mantenida el 10 de octubre de 2005 con el citado Presidente del Consejo de Administración (folios 116, 117 y 194 del expediente), sin que sea equiparable esa renuncia al desempeño de un cargo, que entra dentro de la esfera de las decisiones que legítimamente puede adoptar el Secretario de un Consejo de Administración, con la negativa a prestar servicios que denuncia el recurrente."

La decisión precedente, al margen de la falta de legitimación que declara, lo cierto es que efectúa una serie de consideraciones, a mayor abundamiento, según las cuales queda privada de fundamento la pretensión actora, habida cuenta de la conexión directa -tal y como la parte recurrente postula- entre las decisiones de ambos recursos.

En definitiva, es el incumplimiento palmario de las obligaciones propias de la entidad recurrente y, concretamente, de los miembros de su Consejo de Administración, a los cuales les incumbe el deber esencial de todo administrador de formular en plazo las Cuentas Anuales y de solicitar cuando sea procedente el informe de auditoría, siendo tales obligaciones ineludibles para la SICAV, y en ningún caso responsabilidad de la Gestora, menos aún de la Depositaria, deberes de información imprescindibles también para el correcto ejercicio de las funciones de supervisión por la CNMV, lo que ha de determinar la desestimación también del presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

CUARTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad INSTITUCION DE INVERSION COLECTIVA "P., SICAV, S.A.", contra Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 21 de diciembre de 2006, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Así, por esta 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 al Juzgado de origen a los efectos legales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.