

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 9 DE DICIEMBRE DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 4076/2011
Ponente: D. Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto Impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de 17 de mayo de 2011
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a nueve de Diciembre de dos mil catorce.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4076/2011 interpuesto por "ACTIVA, ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE PARTÍCIPES DE FONDOS DE INVERSIÓN Y DE PENSIONES Y DE LOS ACCIONISTAS DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN", representada por el Procurador D. L.J.G.B, contra la sentencia dictada con fecha 17 de mayo de 2011 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 115/2009, sobre suspensión de reembolsos de participaciones; es parte recurrida la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, y "SANTANDER REAL ESTATE, S.A. S.G.I.I.C.", representada por el Procurador D. E.C.F.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- "Activa, Asociación para la Protección de Partícipes de Fondos de Inversión y de Pensiones y de los Accionistas de Sociedades de Inversión" interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 115/2009 contra la "resolución presunta" (de 4 de marzo de 2009) de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autorizó a "Santander Real Estate, S.A. S.G.I.I.C." a suspender por un periodo de dos años el reembolso de participaciones del fondo que gestiona, "Santander Banif Inmobiliario, F.I.I." inscrito en la misma con el número 3.

Segundo.- En su escrito de demanda, de 11 de mayo de 2010 recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó a la Sala que:

- "- Tenga por solicitado a los efectos oportunos la nulidad de la resolución dictada por el presidente de la CNMV con fecha 4 de marzo de 2009, por los motivos expresados y debidamente fundamentados en el cuerpo del presente escrito y que damos por reproducidos.
- Retrotraiga las actuaciones al momento de la solicitud de la suspensión de los reembolsos, es decir, al día 16/12/2008.
- Declare que el derecho de los partícipes del Santander Banif Inmobiliario al buen funcionamiento de los servicios públicos encomendados a la CNMV para la protección de los inversores ha sido vulnerado por el acto administrativo impugnado, resolución de 4/3/2009.
- Declare que el presidente de la CNMV, en la resolución de 4/3/2009, ejercitó la potestad administrativa que tiene conferida la CNMV para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, incurriendo en desviación de poder.

- Reconozca el derecho de los partícipes del citado fondo a reclamar la indemnización de los daños causados por el acto administrativo impugnado, resolución de 4/3/2009, debiendo fijarse la cuantía de éstos en el correspondiente procedimiento común, condenando asimismo a pagar la cuantía que se fije en dicho procedimiento".

Por otrosí interesó el recibimiento a prueba.

Tercero.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 14 de junio de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "desestimando el presente recurso y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

Cuarto.- "Santander Real Estate, S.A., SGIIC" contestó a la demanda con fecha 7 de julio de 2010 y suplicó a la Sala que declare "la inadmisibilidad del recurso y/o, en todo caso, desestimar el mismo; confirmando, por ajustada a Derecho, la resolución recurrida; con imposición de costas a la actora".

Quinto.- Practicada la prueba que fue declarada pertinente por auto de 14 de julio de 2010 y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 17 de mayo de 2011, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos admitir y desestimar como desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por 'Activa, Asociación para la Protección de Partícipes de Fondos de Inversión y de Pensiones y de los Accionistas de Sociedades de Inversión' contra la Resolución dictada por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 4 de marzo de 2009 descrita en el Fundamento Jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

Sexto.- Con fecha 15 de septiembre de 2011 "Activa, Asociación para la Protección de Partícipes de Fondos de Inversión y de Pensiones y de los Accionistas de Sociedades de Inversión" interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4076/2011 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

"Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los arts. 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional, del art. 218 LEC y del art. 120.3 CE, que exigen la congruencia de las sentencias y su motivación".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del art. 11.2 LOPJ, art. 282, 283 y 286 LEC, y art. 24 CE, y de la jurisprudencia que proclama el derecho a utilizar los medios de prueba

pertinentes para la defensa que es una proyección del más amplio de la tutela judicial efectiva [...]".

Tercero: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del art. 106 de la CE y 70.2 de la Ley Jurisdiccional en relación con art. 385.2 y 386 LEC así como la doctrina sentada en la sentencia de 16 de marzo de 1999".

Cuarto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción de los arts. 9.1, 103.1 y 106 CE, art. 53.2 LPC, 54.1.a), 62.1 LPC y art. 70 Ley Jurisdiccional, en relación con el 62.1.b), 62.1.c), 62.1.d), 62.1.e) LPC".

Quinto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del art. 63.3.c) y d) y art. 33 RIIC, y el art. 24 de la Orden del Mº de Economía y Hacienda de 24/9/93".

Sexto: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por "infracción del principio de actuación en interés de los partícipes que motiva todos y cada uno de los artículos de la LIIC y, en concreto, los arts. 49.1.f) y g), 50, 51 y 52 de la Ley".

Séptimo.- "Santander Real Estate, S.A., S.G.I.I.C." se opuso al recurso con fecha 20 de diciembre de 2011 y suplicó a la Sala que dicte "sentencia desestimatoria del expresado recurso, con imposición de costas a la recurrente.

Octavo.- Por escrito de 23 de diciembre de 2011 el Abogado del Estado se opuso igualmente al recurso en el sentido de que deben "ser inadmitidos y, en su defecto, rechazados los motivos así como el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Con condena en costas a la actora".

Noveno.- Por providencia de 7 de julio de 2014 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 25 de noviembre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA**, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Activa, Asociación para la Protección de Partícipes de Fondos de Inversión y de Pensiones y de los Accionistas de

Sociedades de Inversión" (en lo sucesivo, "la Asociación" o "Activa") contra la resolución dictada por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 4 de marzo de 2009 que autorizó a "Santander Real Estate, S.A. S.G.I.I.C." a suspender por un periodo de dos años el reembolso de participaciones del Fondo "Santander Banif Inmobiliario, F.I.I." (en lo sucesivo, el "Fondo").

"Santander Real Estate S.A., S.G.I.I.C." es la sociedad gestora responsable de las instituciones de inversión colectiva de naturaleza inmobiliaria del Grupo Santander en España. Entre los fondos por ella gestionados se encuentra "Santander Banif Inmobiliario F.I.I.", fondo de inversión inmobiliario constituido en diciembre de 1994 y sujeto a las normas que rigen las instituciones de inversión colectiva. Entre estas últimas figuraba, en el momento de los hechos, el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, de 4 de noviembre.

La controversia jurídica gira, en definitiva, y pese a los intentos de la parte recurrente por introducir en su demanda otras cuestiones, sobre la aplicación al supuesto de hecho de uno de los apartados (el tercero) del artículo 63 del citado Reglamento, de la Ley 35/2003 en su redacción originaria. En él se contempla, para casos excepcionales, una determinada intervención autorizatoria de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la de acceder a que la entidad gestora del fondo de inversión inmobiliaria suspenda temporalmente el reembolso a los partícipes de sus participaciones, autorización que en el caso de autos fue concedida a "Santander Real Estate S.A., S.G.I.I.C.". La decisión de suspender los reembolsos es privada, mercantil, y de ella es responsable la entidad gestora que, sin embargo, requiere de una autorización administrativa para verificar si concurren los hechos a los que el Reglamento condiciona su adopción.

La suspensión autorizada en este caso lo fue por dos años. Consta en los autos de instancia cómo se produjo posteriormente ("hecho relevante" número 134305, de 3 de diciembre de 2010, comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores) su levantamiento por parte de la entidad gestora del Fondo, que acordó proceder al pago íntegro de los reembolsos pendientes a los partícipes que lo solicitaran, conforme a lo indicado en aquel "hecho relevante". Las entidades gestora y depositaria del Fondo descartaron asimismo la disolución de éste.

Segundo.- El apartado tercero del artículo 63 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva, aprobado por el Real Decreto 1309/2005, al establecer el régimen de las participaciones, y de su suscripción y reembolso, en los fondos de inversión inmobiliaria,

- A) Dispone cómo se ha de fijar el valor liquidativo de las participaciones (letra a) y cómo se ha de computar el valor de los bienes inmuebles (letra b).
- B) Reconoce el derecho de los partícipes a suscribir o solicitar el reembolso de sus participaciones, al menos una vez al año, salvo que la Comisión Nacional del Mercado de Valores, excepcionalmente, cuando existan razones de

mercado que lo justifiquen o para asegurar el buen funcionamiento o la estabilidad del fondo, autorice, en el caso de los reembolsos, un plazo distinto que no podrá superar los dos años (letra c).

- C) Finalmente -y este es el precepto relevante para el presente litigio- dispone que "[...] en supuestos excepcionales, especialmente en los casos de peticiones superiores al 10 por ciento del patrimonio total del fondo, así como en los casos que el Ministro de Economía y Hacienda establezca para asegurar una buena gestión del fondo, podrá suspenderse temporalmente la suscripción o el reembolso de participaciones o permitirse el incumplimiento de los coeficientes de diversificación del artículo 61, así como el reembolso con bienes integrantes del patrimonio del fondo. Corresponderá a la CNMV dar la oportuna autorización expresa en cada caso concreto. En el supuesto de suspensión provisional del reembolso, se reembolsará hasta un importe equivalente al 10 por ciento del patrimonio; a tal fin, se efectuará un prorrateo entre todos los reembolsos solicitados con anterioridad a la suspensión" (letra d).

Tercero.- Pese a que en algún momento del proceso de instancia la asociación recurrente manifestó que el acto impugnado era "presunto", lo cierto es que se trata de una resolución expresa, dictada por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 4 de marzo de 2009 en ejercicio de las facultades delegadas por acuerdo del Consejo de aquella Comisión de 24 de octubre de 2007, cuyo tenor literal constaba en autos y es el siguiente:

"Por existir peticiones de reembolso superiores al 10% del patrimonio del fondo Santander Banif Inmobiliaria FII y al carecer éste de liquidez suficiente para atenderlas en plazo, a solicitud de Santander Real Estate S.A. SGIIIC como entidad Gestora y de Banco Banif S.A. como entidad Depositaria, [resuelve] autorizar:

a) la suspensión por un plazo de dos años, desde el 28 de febrero de 2009 hasta el 28 de febrero de 2011 del reembolso de participaciones en el fondo a que se refiere el artículo 63.3 d) del Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre.

b) el incumplimiento por el fondo de los coeficientes de diversificación a que se refiere el artículo 61 del citado Real Decreto 1309/2005 también durante el plazo de dos años, desde el 28 de febrero de 2009 hasta el 28 de febrero de 2011."

La Sala de instancia refleja en la sentencia cómo la asociación recurrente "da cuenta" en su escrito de demanda, ("hecho undécimo pág. 15") de la citada resolución "y la reproduce literalmente". No hay duda, pues, de que el proceso quedaba trabado sobre un concreto y específico acto administrativo, impugnado como tal en el escrito de interposición, que marcaba los límites del conocimiento objetivo del recurso.

Cuarto.- La Sala de la Audiencia Nacional, tras rechazar la objeción de inadmisibilidad opuesta por la parte codemandada (fundamento jurídico tercero de la sentencia), expuso en estos términos las razones que conducían al fallo desestimatorio de las pretensiones actoras:

"[...] En primer lugar es preciso señalar que, pese a que la actora alega que la resolución impugnada es un acto 'presunto' y que (folio 15 del escrito de demanda) le ha producido indefensión, el acto administrativo objeto de este recurso fue publicado como hecho relevante en la página web de la CNMV. En segundo lugar, la actora no ha aportado en sus escritos razonamientos fundados en la normativa de aplicación en cuya virtud esta Sala pudiera llegar a concluir que la publicación de esta resolución del Presidente de la CNMV debió de hacerse de otra forma, o que algún elemento de la publicación o ausente de la misma le haya producido la alegada indefensión.

De sus escritos resulta, a juicio de esta Sala, que lo que la recurrente imputa a la Administración es su actuación previa: no se hubiera llegado a la circunstancia que justificó la suspensión del reembolso si hubiera adoptado la misma decisión antes, concretamente en octubre. Así se resume en su alegación (página 41 de la demanda) sobre la 'pasividad ante la erosión y destrucción del ahorro popular bajo gestión de la industria de la inversión colectiva española'.

A estos efectos es preciso puntualizar que por el carácter revisor de esta jurisdicción, la impugnación de un concreto acto administrativo no puede transformarse, como resulta de los escritos rectores de la recurrente en una suerte de causa general sobre la gestión de las IIC inmobiliarias: la actora resume su particular visión de la evolución del ahorro popular en los años 2000 a 2008, calificando de despropósito económico (pág. 49 del escrito de demanda) la gestión de los Fondos de Inversión Inmobiliarios e incluye extensos razonamientos que no guardan relación con el objeto de este litigio.

La Sala considera por tanto que debe limitar sus pronunciamientos a la conformidad o disconformidad a derecho del acto administrativo impugnado.

El examen de la demanda permite apreciar que la propia actora reconoce en la misma un hecho que a juicio de este Tribunal es crucial para resolver sobre la conformidad a derecho de la resolución impugnada: señala en la página cuatro que en el mes de febrero de 2009 las peticiones de reembolso superaban los 2.617 millones de euros, que la liquidez del fondo era de 5 millones de euros, que las peticiones de reembolso sumaban el 80% del patrimonio del fondo y que la liquidez de este solo podía atender a un 0,15%.

Reconoce por tanto la actora que estaban presentes sin duda ninguna los requisitos establecidos por la normativa de aplicación y sobre los que fundamentó su decisión el Presidente de la CNMV el día 4 de marzo de 2009 al autorizar la suspensión de los reembolsos del fondo durante dos años.

Su impugnación se fundamenta en la pasividad de la CNMV ante la 'erosión y destrucción del ahorro popular' bajo la gestión de la industria de la inversión colectiva española. Considera que la CNMV no motiva el acto administrativo impugnado, no debió autorizar los reembolsos anteriores, no interpreta correctamente la normativa de aplicación y se ha adoptado la decisión incurriendo en desviación de poder.

Como se señaló más arriba la propia demandante reconoce expresamente la concurrencia de los elementos exigidos por la ley para la adopción del acto administrativo impugnado; los actos precedentes no son objeto de impugnación por lo que esta Sala no puede entrar a examinar su conformidad a derecho, aún dando por supuesto que la recurrente tuviese legitimación para impugnar reembolsos individuales.

El acto administrativo está motivado: las exigencias y supuestos de motivación del acto administrativo están regulados en los arts. 54, 89 pfos. 3 y 5 y 138 pfo. 1 de la Ley 30/92.

La exigencia formal de motivación del acto administrativo que recogen los preceptos citados, viene impuesta por el ordenamiento jurídico respecto de determinado tipo de actos, entre los cuales no se encuentra el recurrido, lo que bastaría para desestimar de plano el recurso. No obstante, debe añadirse que si bien la "motivación" del acto recurrido es sucinta, pero permite conocer cuáles son las razones por las que la Administración ha acordado la suspensión del reembolso del fondo.

A tales efectos, la misma es bastante como para realizar el control jurisdiccional del acto administrativo, que es precisamente la función esencial que cumple (con independencia de otras que la doctrina ha calificado como de orden interno y de aseguramiento de rigor en la formación de la voluntad de la Administración) esta exigencia legal de motivación de los actos administrativos.

La alegación relativa a la interpretación por la CNMV de los arts. 12 y 18 del Reglamento del fondo, los arts. 63.3.d) y 33 del RIIC y el art. 24 de la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993 la residencia la actora en que se aplica el apartado d) del art. 63.3 RIIC citado pero olvida el c) recordando que 'la suspensión de reembolsos ha sido aplicada con enorme éxito en Alemania en la crisis de otoño d 2008, estando a junio de 2009 todos los fondos inmobiliarios a pleno rendimiento'.

La actora parece así insistir en que suspender el reembolso es conforme a derecho pero no en el momento en que se hizo, sino que debió llevarse a cabo con anterioridad, cuestión que queda fuera del objeto de este recurso como se ha razonado más arriba.

Por último alega desviación de poder: la actora no expone sino conjeturas sobre el supuesto uso desviado de la facultad ejercitada por la CNMV sin apartarse en ningún momento del ámbito de las suposiciones, no acreditando como debería por aplicación de las normas de la carga de la prueba, cuales eran los objetivos que, distintos de los previstos legalmente para la adopción del acto administrativo y que, como ella misma ha señalado si concurren, habría perseguido la Administración recurrida (art. 70.2 de la Ley jurisdiccional). La CNMV se ha limitado a cumplir con la obligación impuesta por la ley de suspender el reembolso del fondo por un plazo al concurrir determinadas circunstancias de liquidez y habiendo sido solicitada la adopción de la medida por el sujeto legitimado previa comprobación de la concurrencia de los requisitos exigidos por la normativa de aplicación.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de las resoluciones impugnadas por ser conformes a derecho.”

Quinto.- Contra la sentencia que se pronuncia en estos términos la Asociación recurrente ha interpuesto un recurso de casación que consta de seis motivos, el primero y el segundo de los cuales utilizan el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional para denunciar sendos quebrantamientos de las formas esenciales del juicio.

En el primer motivo el defecto procesal imputado a la Sala es la infracción de los artículos 33 y 67 de la Ley Jurisdiccional, del artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y del artículo 120.3 de la Constitución. A juicio de la recurrente el tribunal de instancia “[...] utiliza el procedimiento indirecto y oblicuo de apartarse de las pretensiones formuladas por la actora (del *thema decidendi*), de las alegaciones aducidas para fundamentar el recurso y de las conclusiones obtenidas en la prueba practicada, reduciendo, sin motivación alguna, el objeto del recurso a la mínima expresión, para eludir pronunciarse sobre las cuestiones planteadas por la actora en sistemática e inescindible unidad con la autorización de suspensión de reembolsos”.

Censura asimismo que la Sala haya “prescindido sin motivación alguna” de valorar ciertas cuestiones a su juicio “fundamentales” que había suscitado en el litigio y que reseña en las páginas 45 a 69 de su extenso escrito de recurso de casación. En síntesis, afirma, la demandante había mantenido el carácter de “fraude piramidal inexorablemente abocado al colapso” del Fondo de inversión desde el año 2003, de modo que los reembolsos se atendían con las nuevas suscripciones y las comisiones cobradas por sus gestores consumían todos los ingresos reales. Había sostenido igualmente que el incremento del valor liquidativo (ganancias no realizadas) se debió exclusivamente en el

periodo 2003-2009 al incremento de las plusvalías latentes y al incremento de las suscripciones netas calculadas en función del incremento de dichas plusvalías latentes. Describía igualmente cuáles habían sido, a su juicio, las causas del "colapso" y de la "situación que tenía que estallar" desde el año 2007, añadiendo sus propias consideraciones sobre acontecimientos posteriores a los actos impugnados. A todo lo cual añade, en fin, que la Sala de instancia "no se ha pronunciado sobre el procedimiento y el alcance de la solución contra legem adoptada por la CNMV mediante el acto administrativo impugnado de 4 de marzo de 2009".

Este último reproche no se corresponde con la realidad. El tribunal de instancia sí se pronuncia sobre la legalidad del acto concretamente impugnado, validándolo por las razones que han quedado expuestas en los párrafos antes transcritos.

Vistas las bases argumentales sobre las que se construye el reproche de incongruencia y falta de motivación de la sentencia, el primer motivo de casación no podrá ser acogido. La Sala de instancia debía, como hizo, centrar su análisis jurídico en el único acto administrativo contra el que se había interpuesto el recurso y decidir simplemente si la autorización para suspender los reembolsos se atenía, o no, al precepto reglamentario aplicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. El resto de las muy heterogéneas cuestiones que la recurrente trataba -y sigue tratando- de introducir en el debate excedían de aquel objeto procesal y el tribunal de instancia actuó correctamente cuando las excluyó de éste.

Eran, en efecto, "escindibles" (por utilizar los términos de la recurrente) de la controversia procesal sobre la legalidad de la autorización para suspender los reembolsos el resto de alegaciones relativas a la conducta de la entidad gestora en años anteriores y a las causas, más o menos remotas o próximas, por las que se había producido en un momento dado el hecho determinante de la aplicación del apartado tercero del artículo 63 del Reglamento de la Ley 35/2003. De lo que se trataba, en suma, era de verificar si ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores se había presentado una solicitud de autorización para suspender los reembolsos que cumplía con los requisitos previstos en aquel artículo (esto es, verificar si la solicitud respondía a una situación en la que las peticiones de reembolso eran superiores al 10 por ciento del patrimonio total del fondo) y si se ajustaba a derecho la decisión administrativa que accedía a otorgar aquella autorización.

El resto de los hechos a los que se refiere la recurrente podrán ser pertinentes, insistimos, a otros efectos pero no al muy limitado de verificar la legalidad de la concreta decisión adoptada por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el 4 de marzo de 2009, decisión que por su propia naturaleza tiene un carácter de reacción casi inmediata -de naturaleza próxima a las medidas cautelares- frente a una situación dada en que la solicitud de reembolsos supera un determinado porcentaje y el Fondo no dispone de la liquidez necesaria para atenderlos. Este era, repetimos, el único objeto del litigio y para juzgar sobre su adecuación al precepto reglamentario al que debía atenerse no eran pertinentes las "cuestiones" antes citadas, a las que, por tanto, la Sala no tenía por qué dirigir su atención.

No es que, obviamente, aquellos hechos no sean relevantes a otros efectos. De hecho, tal como se afirma en los autos, los "denunciados" por "Activa" dieron lugar a la incoación de procedimientos civiles y penales (la asociación afirma haber presentado sendas querellas contra los responsables del Fondo y contra el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que se instruyeron respectivamente en los Juzgados de Instrucción números 37 y 39 de los de Madrid), bien para reivindicar el derecho de los partícipes al completo reembolso de sus participaciones y al resarcimiento de los perjuicios causados, bien para denunciar a los gestores del Fondo precisamente por el "fraude piramidal", la captación irregular de inversiones, el uso de información privilegiada para favorecer a algunos inversores en detrimento de otros, la gestión y venta del patrimonio inmobiliario del propio Fondo y otras conductas similares.

Lo mismo debe ser afirmado en cuanto a la actuación previa o posterior de la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores. La acusación de "pésimo funcionamiento de los servicios públicos destinados a proteger el ahorro confiado al fondo" que hace la recurrente comprende otros actos administrativos -u omisiones del deber de actuar- que o bien fueron o bien debieron haber sido dictados por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en relación con aquel fondo, en momentos anteriores o posteriores a la autorización de suspender los reembolsos (entre ellos destaca la recurrente la autorización dada "54 días antes" para la venta de determinados inmuebles con una cierta antigüedad). Pero se trata, una vez más, de actuaciones u omisiones diferentes de la que era objeto del litigio. Por las mismas razones, tampoco se podía extender éste a los actos ulteriores llevados a cabo por la sociedad gestora del fondo para ejecutar el plan de actuación presentado junto con la solicitud de suspensión.

En suma, el deber de congruencia y de motivación de las sentencias se extiende a aquellas alegaciones y hechos que versen propiamente sobre el objeto del litigio, objeto que en el caso de los recursos contencioso-administrativos viene prefijado en el escrito de interposición. Aquel deber no comprende el de dar respuesta a alegaciones ajenas al objeto así configurado, como las que acertadamente la Sala de instancia excluyó de su ámbito de cognición.

Sexto.- En el segundo motivo de casación, también por el cauce del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional, la recurrente considera que la Sala de instancia ha incurrido en la infracción del artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de los artículos 282, 283 y 286 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, del artículo 24 de la Constitución y "de la jurisprudencia que proclama el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa que es una proyección del más amplio de la tutela judicial efectiva", a cuyo efecto cita las sentencias de esta Sala de 12 de junio de 1985 y 17 de enero de 2006.

La queja de la sociedad recurrente se expresa en un doble sentido: a) critica en primer lugar que no se hayan puesto a su disposición "cinco documentos del expediente" cuya confidencialidad había sido declarada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores; y b) reprocha a la Sala no haber accedido a la práctica de algunas de las pruebas documentales y a parte del interrogatorio propuesto por la demandante.

Dado que la sentencia impugnada se remite sobre este punto (fundamento jurídico segundo) a las resoluciones previas de la propia Sala de instancia sobre el levantamiento de la confidencialidad, plasmadas de modo primordial en el auto de 14 de enero de 2010, es procedente que transcribamos el contenido de éste, que fue el que sigue:

"[...] La actora sostiene que la resolución cuya revisión solicita acuerda la confidencialidad de documentos esenciales de un expediente administrativo y que la forma que ha adoptado ha infringido su derecho de defensa.

En cuanto a la forma de la resolución adoptada, la ley no ha previsto especialidad alguna en cuanto a la resolución de cuestiones como la existencia de piezas confidenciales dentro del expediente administrativo, máxime cuando la ley jurisdiccional en el artículo 52 no contempla opciones sobre la existencia de piezas confidenciales. Esta Sala ha venido resolviendo en esta materia a tenor del contenido de dichas piezas apreciado someramente dado el momento procesal en el que el Tribunal debe decidir. Esta práctica ha sido confirmada por el Tribunal Supremo, el cual ha utilizado el mismo procedimiento en la tramitación y resolución de recursos directos, en los que se encontraban piezas confidenciales en el expediente.

En estas circunstancias considera esta Sala que, por el momento, debe mantenerse la confidencialidad de la parte del expediente declarada como tal, sin perjuicio de que, una vez formalizadas la demanda y la contestación a la demanda, momento procesal en que este Tribunal puede tener ya conocimiento de las pretensiones de las partes y su fundamentación jurídica, si se apreciara la relevancia para sostenerlas y la prelación del interés de las partes sobre el interés público (relativo al mantenimiento de la declarada confidencialidad) pudiera reconsiderarse el mantenimiento de la misma.

Finalmente, señalar que si bien en la resolución impugnada no se aporta fundamentación jurídica, a través del recurso interpuesto, la parte ha podido hacer valer sus razones y por medio de este auto conocer los motivos por los que se ha mantenido la reserva de parte del expediente".

Séptimo.- En cuanto que el primero de los reproches vertidos en el segundo motivo casacional lo es por la no puesta a disposición del recurrente de los documentos del expediente administrativo declarados confidenciales por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, hemos de partir del artículo 90 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores.

Tras disponerse en él (apartado segundo) con carácter general que "las informaciones o datos confidenciales que la Comisión Nacional del Mercado de Valores u otras autoridades competentes hayan recibido en el ejercicio de sus funciones relacionadas con la supervisión e inspección previstas en ésta u otras leyes no podrán ser divulgados a ninguna persona o autoridad", se exceptúan del deber de secreto entre otras (apartado cuarto, letra e) las "informaciones que, en el marco de los recursos administrativos o jurisdiccionales entablados sobre resoluciones administrativas dictadas en materia de ordenación y disciplina de los mercados de valores, sean requeridas por las autoridades

administrativas o judiciales competentes". Ahora bien, incluso respecto de éstas el propio artículo 90, en su apartado quinto, dispone que las autoridades judiciales que reciban de la Comisión Nacional del Mercado de Valores información de carácter reservado vendrán obligadas a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva durante la sustanciación del proceso de que se trate.

Los problemas se suscitan -como esta Sala ha tenido ocasión de afirmar en diversas ocasiones- ante la falta de previsiones específicas de la Ley reguladora de esta Jurisdicción sobre el tratamiento de los documentos que la Administración haya declarado confidenciales o reservados, en cuanto diferentes de los formalmente catalogados como "secreto oficial" a los que alude el artículo 48.6 de aquélla para permitir de modo expreso su exclusión del expediente administrativo que se entrega a las partes. A estos problemas hicimos alusión, entre otros, en los autos de 6 de octubre de 2005 (recurso número 533/1994) y 13 de julio de 2006 (recurso 47/2006) configurando una doctrina que, en tanto no se acometa la deseable reforma procesal sobre este punto, nuevamente hemos de reiterar.

Afirmábamos en el primero de aquellos autos que esta materia debe abordarse "desde la perspectiva conjunta de no provocar indefensión a ninguna de las partes en el proceso y, a la vez, mantener el equilibrio entre el conocimiento procesal de determinados datos relevantes para el éxito de las pretensiones pero simultáneamente amparados, en principio, por el secreto comercial". Añadíamos en el segundo que no era aconsejable una declaración "formulada globalmente sobre la pertinencia o impertinencia de que conste en el expediente toda la documentación solicitada" y propugnábamos que se llevara a cabo "una valoración circunstanciada de cada caso concretamente examinado, a fin de cohonestar de forma singularizada el derecho a la defensa y la protección de los intereses públicos y privados que conducen a las limitaciones de acceso al expediente administrativo". Todo ello precisamente "por mor de la fuerza expansiva de los derechos consagrados en el artículo 24 de la Constitución, que engloba, entre otros, el derecho a valerse de todos los medios de prueba considerados necesarios y que sean pertinentes".

En concreto, justificábamos la posible restricción al conocimiento de los documentos reservados por parte de los intervinientes en el proceso -restricción sujeta, repetimos, a la valoración circunstanciada de su contenido- en los siguientes términos:

"[...] A la hora de resolver sobre el posible conflicto entre la confidencialidad de la documentación y las exigencias de los derechos de defensa y tutela judicial efectiva, en una contemplación integral del Ordenamiento Jurídico, hemos de partir de que las decisiones de declaración de confidencialidad efectuadas en sede administrativa no pierden vigor ipso facto por el hecho de que se impugne ante los órganos de la jurisdicción la resolución administrativa en cuyo procedimiento de adopción se realizó tal declaración. No existe previsión normativa alguna que imponga en sede jurisdiccional una automática pérdida de vigencia de la confidencialidad declarada en vía administrativa, pues no resulta lógico que lo que ha permanecido velado durante el procedimiento administrativo por un interés público o privado

reconocido en la norma, pueda salir a la luz libremente y sin cortapisa alguna por la mera interposición de un recurso contencioso-administrativo".

La Sala de instancia debió ciertamente llevar a cabo en este caso una ponderación y exposición más detalladas de las razones que justificaban el mantenimiento de la confidencialidad de los documentos "números 1, 3 y 4" del expediente administrativo, únicos que según el oficio de remisión enviado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores contenían "información reservada y tienen por lo tanto carácter confidencial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90.2 de la Ley 24/1998". A partir de esta base el organismo remitidor solicitaba expresamente de la Sala que adoptase las medidas para preservar el carácter reservado de los documentos durante la sustanciación del proceso.

Dichos documentos, según el oficio de remisión, eran los siguientes:

"1.- Documento nº 1. No público. Solicitud inicial de suspensión de los reembolsos en el fondo por un periodo de dos años y de la exención del cumplimiento de los límites de diversificación, presentada con fecha 16 de febrero de 2009 y número de registro de entrada 200917601. págs. 2-4".

"3.- Documento nº 3. No público. Solicitud de suspensión de los reembolsos en el fondo por un periodo de dos años y de la exención del cumplimiento de los límites de diversificación de fecha 4 de marzo de 2009 y número de registro de entrada 2009024129 que sustituye a la inicialmente presentada con fecha 16 de febrero de 2009 y número de registro de entrada 2009017601. págs. 8-13.

4.- Documento nº 4.- No público. Documento de fecha 4 de marzo de 2009 y número de registro de entrada 2009024276 que subsana error cometido en la solicitud de fecha 4 de marzo de 2009 y número de registro de entrada 2009024129. págs. 14".

Un mayor "esfuerzo analítico" (por emplear las palabras del auto antes citado de 13 de julio de 2006) hubiera permitido preservar la parte de aquellos documentos que efectivamente contenía información propiamente confidencial y, además, resultaba ajena al objeto del litigio, diferenciándola de la que carecía de ambas cualidades y hubiera podido ser entregada a la asociación recurrente. A falta de otras medidas - innominadas en el artículo 90.5 de la Ley 24/1988 y de no fácil encaje en nuestros textos procesales generales, como pudieran ser el examen in camera de los documentos por los letrados defensores de las partes, con la absoluta obligación de reserva- esta Sala del Tribunal Supremo ha optado en ocasiones por que se confeccione una versión restringida de los documentos a los que la Administración ha dotado de carácter reservado, excluyendo de ellos sólo algunas -y no necesariamente todas- menciones, datos o elementos singulares de naturaleza sensible.

El análisis que hacemos, tras su lectura, de aquellos tres documentos declarados confidenciales (en realidad se resumen en uno, pues los dos primeros no son sino antecedentes de la solicitud finalmente atendida, que sustituye a las precedentes)

permite distinguir una primera parte en la que las entidades gestora y depositaria del Fondo exponen las circunstancias determinantes de la petición y sus intenciones sobre la atención a las solicitudes de reembolso; y otra parte en que aquellas entidades anuncian a la Comisión Nacional del Mercado de Valores su propósito de llevar a cabo la venta ordenada de los activos del Fondo, describiendo los criterios de selectividad de los inmuebles elegibles así como el ritmo o calendario de enajenaciones y concretando los porcentajes de patrimonio que saldrían a la venta durante los años sucesivos.

Pues bien, la "primera parte" de los documentos 1 a 3 se corresponde con el contenido del documento 2, esto es, del que contiene el "hecho relevante" que la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo público, documento que fue puesto a disposición de la recurrente pues figuraba en el expediente administrativo "abierto" a su conocimiento. Bien pudo, pues, el tribunal de instancia haber desglosado esta parte de los referidos documentos 1 a 3 para que la demandante la conociese. Pero dado que, repetimos, su contenido coincide en lo sustancial con el del documento 2 que sí fue puesto a disposición de "Activa", ninguna indefensión, material o formal, se le causó pues tuvo acceso sin restricciones a este último.

No sucede igual con la "segunda parte" del documento confidencial (ya hemos dicho que en realidad se trata de un solo documento relevante, del que los dos anteriores son versiones no finales), respecto de la cual era necesario preservar su carácter reservado pues, de un lado, no se refería a las circunstancias determinantes de la suspensión de los reembolsos sino a actos ulteriores de enajenación de activos; de otro lado, y sobre todo, era lógico y razonable mantener la confidencialidad (esto es, no poner en conocimiento de terceros ni dotarle del carácter público inherente a las actuaciones procesales) de un programa detallado de desinversiones cuya mera publicidad puede alterar o afectar a los precios de venta de los inmuebles que van a salir al mercado. Aunque la Sala de instancia pudo y debió hacer saber a la recurrente por qué mantenía la reserva del correlativo documento, ninguna indefensión se ha causado a aquélla por el hecho de sustraer a su conocimiento extremos de las solicitudes de suspensión de reembolsos con este contenido, ajeno en sí mismo a las razones determinantes de la medida instada y revelador de datos económicamente sensibles cuya confidencialidad o reserva debía mantenerse.

Octavo.- El segundo motivo de casación incorpora asimismo, como antes se ha expuesto, reproches sobre la denegación por la Sala de instancia de ciertas pruebas documentales y de algunas de las 43 preguntas que contenía el pliego de posiciones propuesto por la demandante para que fuese contestado por el representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (de las que el tribunal sólo admitió once).

En cuanto a las preguntas, el escrito de interposición del recurso reproduce el tenor literal de todas las denegadas para concluir, sin más, que "de la propia lectura de las preguntas [se deduce] que todas ellas guardaban una relación directa con el procedimiento que nos ocupa". Podría ser así, en hipótesis, si se hubiera aceptado por la Sala de instancia el enfoque o planteamiento de la demanda en cuanto se refería a las cuestiones heterogéneas a las que ya hemos aludido. Pero no eran pertinentes aquellas

preguntas en la medida en que excedían de los límites de cognición procesal correspondientes al único objeto de litigio, o daban por supuesto lo que cuestionaban, o se referían a hechos ulteriores ajenos de todo punto al debate. Y dado que en el recurso de casación no se procede a una depuración de la pertinencia de cada una, o de varias, de ellas sino que se sigue defendiendo en bloque su admisión, bastará con transcribir el tenor de algunas preguntas para corroborar el acierto de la Sala de instancia al eliminar las que no debían ser respondidas por el representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Entre las que se formulaban de modo capcioso o sugestivo figuraba, por ejemplo, la quinta pregunta en la que se pedía al representante de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que "confiese ser cierto que el citado día 4 de marzo de 2009 la Comisión Nacional del Mercado de Valores tenía conocimiento de que había quedado roto definitivamente el esquema piramidal que permitía atender los reembolsos con las suscripciones, hundiéndose así de forma definitiva el fondo Santander Banif Inmobiliario [...]". Entre las que se referían a cuestiones pasadas, ajenas en sí misma al objeto de litigio, figuraba, por ejemplo, la duodécima en la que se preguntaba si la "CNMV conocía que la decisión de cesar la comercialización provocó el derrumbe en 2007 y 2008 del nivel de suscripciones, esenciales en el esquema articulado". Entre las que se referían, en fin, a hechos ulteriores se encontraban varias preguntas con las que se trataba de interrogar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores sobre el alcance y "los cambios normativos aprobados por el Consejo de Ministros del pasado 4 de junio de 2010, que da vía libre al Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, por el que se modifica el Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva", hechos muy posteriores al acto impugnado.

Por lo demás, la recurrente no llega a precisar en qué medida la denegación de las preguntas rechazadas por la Sala podría haber afectado negativamente a la conclusión final del fallo, en el buen entendimiento de que este último debía limitarse -como efectivamente sucedió- al contraste de validez del concreto acto administrativo objeto de recurso, y no de otros anteriores o posteriores.

Noveno.- Algo similar sucede con los documentos cuya aportación a los autos fue rechazada por el tribunal de instancia. De nuevo la recurrente los transcribe (páginas 93 a 95 de su escrito de interposición) para criticar, acto seguido, el rechazo de la Sala.

- A) En cuanto a los documentos 19 y 20 (exhortos a los Juzgados de Instrucción de Madrid para que expidieran testimonios de las dos querellas entabladas por "Activa" contra los responsables del Fondo y contra el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores) la propia parte manifiesta que "dio por entendido que la Sala entendía acreditada" la existencia de los procedimientos judiciales, "motivo por el que esta parte no puso ninguna objeción a renunciar expresamente a las mismas". Por lo demás, tratándose de escritos que estaban en su poder, ninguna dificultad habría tenido para aportarlos como documentos adjuntos a sus escritos anteriores, ni en el

escrito de interposición del presente recurso se hacen alegaciones sobre la suerte de aquellas querellas.

- B) En cuanto a los documentos a los que aludía el apartado 21 de la solicitud de prueba (en síntesis, los adjuntos al escrito de interposición del recurso y a la demanda, así como la copia del escrito de interposición de un recurso contencioso-administrativo, al que luego haremos referencia, y una carta recibida el 9 de julio de 2010 por un asociado de la recurrente) simplemente la Sala de instancia no llegó a denegar su incorporación, quedando unidos los respectivos documentos a los autos.
- C) Los documentos 3 a 5 se referían a las cuentas anuales, memoria de gestión e informes de auditoría de los años precedentes (2003 a 2008) de las entidades gestora y depositaria del Fondo. Su incorporación hubiese sido precisa, según la recurrente, para confirmar sus tesis sobre "el consumo por parte de las comisiones de gestión y depositaría de los rendimientos netos del fondo" y para corroborar que algunas de aquellas cuentas no habían sido depositadas en el Registro Mercantil, circunstancia que destacaba pues "en el caso de concurso de acreedores el no depósito de las cuentas en el Registro Mercantil determina la calificación del concurso como culpable". Pues bien, ambas cuestiones (si las comisiones cobradas en años precedentes habían sido excesivas o no y si un futuro concurso pudiera ser calificado como culpable) excedían del objeto litigioso, tal como ya hemos repetido.
- D) Era igualmente acertado el rechazo de la aportación documental solicitada bajo los números 16 a 18, pues las tres pruebas instadas en ellos versaban sobre determinados informes emitidos durante el proceso de elaboración del "proyecto de Real Decreto" que, tramitado después del acto ahora impugnado, daría lugar al posterior Real Decreto 749/2010. Para juzgar sobre un acto singular hay que atenerse al marco normativo vigente en el momento en que se produjo, sin que la validez de aquél venga determinada por proyectos normativos ulteriores, con lo que la aportación de estos últimos -máxime si estaban aún en fase de elaboración- no era imprescindible a efectos probatorios.

Añadiremos incidentalmente que la Asociación recurrente interpuso en su momento ante esta Sala y frente a aquel Real Decreto 749/2010, una vez aprobado, el recurso número 393/2010, al que ella misma se refería en la petición de prueba (apartado 21). Pues bien, hemos desestimado dicho recurso mediante nuestra sentencia de 29 de octubre de 2012 en la que hicimos las siguientes consideraciones:

"[...] La pretensión de que se declare la nulidad de pleno derecho de los artículos 33.3 y 63.5 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva y de la disposición derogatoria única del Real Decreto 749/2010, de 7 de junio, en el inciso que declara derogado el artículo 24.3 de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993, sobre fondos y Sociedades de inversión inmobiliaria, fundamentada en la concurrencia de desviación de poder, puesto

que, según se aduce, el Gobierno se ha apartado del fin que justifica la potestad reglamentaria, «que no es otro, que proteger a los partícipes frente a los abusos de las gestoras» (sic), debe ser rechazada, puesto que apreciamos que no se ha demostrado, ni siquiera indiciariamente, que la regulación reglamentaria recurrida tuviera por objeto, como se aduce, facultar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores a realizar actuaciones arbitrarias en favor de un Fondo de Inversión Inmobiliaria con la finalidad de causar quebrantos económicos a los partícipes.

La crítica que se formula, en el marco de este motivo impugnatorio, a la actuación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores como órgano supervisor, que tiene encomendado, por mandato del artículo 70 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, vigilar el cumplimiento de las IIC y las Sociedades gestoras de sus obligaciones, desborda el objeto del presente recurso contencioso-administrativo, a los efectos de declarar que el Consejo de Ministros ha incurrido en desviación de poder por pretender, de común acuerdo con el referido órgano supervisor, retrasar la liquidación del Fondo Santander Banif Inmobiliario”.

Décimo.- El resto de los motivos de casación han utilizado el cauce del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional. En el tercero la recurrente imputa al tribunal de instancia la vulneración del artículo 106 de la Constitución y del artículo 70.2 de la Ley Jurisdiccional, ambos "en relación con art. 385.2 y 386 LEC así como la doctrina sentada en la sentencia de 16 de marzo de 1999”.

En el desarrollo argumental del tercer motivo la Asociación recurrente afirma que la Sala de instancia ha actuado "de forma arbitraria, irracional e inmotivada" al rechazar la censura de desviación de poder "en que incurre la resolución dictada por el presidente de la CNMV el día 4 de marzo de 2009”. Aduce, a estos efectos, que el tribunal "se desentiende de los hechos que ponen de relieve que el colapso del fondo fue provocado por un fraude piramidal y un negocio sin causa, lo que determina la nulidad de dicha resolución de suspensión de reembolsos" y que aquella resolución del presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores era incompatible con otra "de 4 de marzo de 2009 que autoriza la liquidación sin previa disolución del fondo" (alegación esta última sobre la que no hay ninguna otra referencia en el motivo).

Centrada la censura en el juicio de la Sala de instancia sobre la falta de desviación de poder del acto impugnado, la defensa de la recurrente hace un extenso y sin duda valioso estudio general sobre este vicio, al que dedica las páginas 107 a 116 de su escrito de interposición del recurso. En ellas transcribe fragmentos de sentencias y de artículos académicos sobre la desviación de poder, sin que llegue, sin embargo, a identificar con precisión cuál era en concreto la finalidad viciada que, en sustitución de la que justifica el mecanismo de suspensión autorizada de reembolsos, habría pretendido la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

En efecto, de nuevo la defensa de "Activa" se refiere al "fraude piramidal" en que consistía el Fondo, al "pésimo funcionamiento de los servicios públicos que proporciona la CNMV”,

a que ésta no debió "haber permitido durante catorce años que se vendiera con el decente nombre de fondo inmobiliario y como un producto conservador y de riesgo bajo, un artefacto complejo, especulativo y del más alto riesgo" y reitera el resto de las alegaciones ya reseñadas. Pero no llega, repetimos, a identificar por qué, en concreto, al acceder a la solicitud de suspensión de los reembolsos -decisión que en sí misma se atenía a la norma reguladora, como acto seguido veremos- la Comisión Nacional del Mercado de Valores habría utilizado la potestad autorizatoria con un fin distinto del que la justifica.

El tercer motivo contiene además, como la contendrán los ulteriores, la solicitud de que esta Sala del Tribunal Supremo "integre en los hechos admitidos como probados por el Tribunal de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por éste estén suficientemente justificados según las actuaciones y cuya toma en consideración resulte necesaria para apreciar la infracción alegada de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia". Ocurre, sin embargo, que en el desarrollo del motivo la recurrente tampoco llega a precisar con un mínimo de concreción qué hechos en particular debían ser integrados. La referencia genérica a todos los enunciados en la demanda es insuficiente, tanto más cuanto que muchos de ellos resultaban, según ya hemos confirmado, ajenos al acto administrativo objeto de litigio.

Undécimo.- En el cuarto motivo de casación la enumeración de normas del ordenamiento jurídico supuestamente infringidas por la Sala comprende preceptos heterogéneos. Por un lado se le reprocha la infracción de los artículos 9.1, 103.1 y 106 de la Constitución; por otro, la de los artículos 53.2 54.1.a) y 62.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; finalmente, la del artículo 70 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción. Todo ello "en relación" con los artículos "62.1.b), 62.1.c), 62.1.d), 62.1.e) LPC", en lo que parece ser una atribución omnicomprensiva de casi todos los posibles vicios determinantes de la nulidad de pleno derecho. La recurrente, en efecto, imputa al acto administrativo objeto de litigio aquellos cuatro defectos, incluido, al menos en el encabezamiento, el de tener un contenido imposible -letra c) del artículo 62.1- vicio del que, sin embargo, nada se dice en el desarrollo ulterior (sin duda porque el contenido del acto no sólo era posible sino que fue hecho efectivo). El motivo incluye asimismo, en análogos términos al anterior, la solicitud genérica de integración de hechos.

La censura que subyace tras esta enumeración y exposición de normas del ordenamiento es, mucho más sobriamente, la de que no estaba motivada la decisión del Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, tesis que rechazó el tribunal de instancia al advertir -según se lee en la transcripción de la sentencia antes reproducida- que el acto impugnado tenía una motivación sucinta, pero suficiente para conocer las razones en cuya virtud la Administración había autorizado la suspensión de los reembolsos. Afirmaciones que compartimos y que consideramos ajustadas a las normas legales invocadas, sin que pueda aceptarse, por el contrario, que este tipo de autos autorizatorios, que inciden lógicamente en los derechos e intereses de los partícipes del Fondo, puedan carecer de motivación. La requieren, tanto más cuanto que el organismo supervisor ha de velar por la protección de los derechos de los inversores e informarles, por consiguiente, de las razones que concurren para restringir

temporalmente el ejercicio de alguno de aquéllos (en este caso, el de obtener el reembolso de sus participaciones).

La recurrente insiste en la "ligereza irreflexiva" de la decisión autorizatoria y critica la rapidez en adoptarla. Critica asimismo la composición del "menguado expediente administrativo" y que el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores no hubiera contado -al menos no consta en el expediente- con ningún informe jurídico previo. Estas dos últimas observaciones pueden tener parte de razón pues, efectivamente, al absolver la Comisión Nacional del Mercado de Valores la parte del pliego de posiciones admitida por la Sala de instancia expone que, tras la solicitud inicial de suspensión, el organismo regulador comenzó a "estudiar el documento solicitándose a la gestora [...] aclaraciones y modificaciones", nada de lo cual constaba en el expediente administrativo, al que tampoco se incorporó ningún informe anterior a la decisión impugnada, procedente o no de la Dirección General de Entidades.

Que ello sea así, sin embargo, e incluso que se haya incumplido la obligación de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de incorporar al expediente todos los documentos expresivos de sus propias actuaciones internas previas a la decisión, lo que resulta justamente criticable, no significa sin embargo que ésta última resulte inmotivada. La resolución adoptada por el Presidente, en ejercicio de las facultades que le había sido delegadas, expresa la existencia de la solicitud, la concurrencia de las causas para instar la suspensión (esto es, la existencia de las peticiones de reembolso superiores al diez por ciento del patrimonio del Fondo), el régimen jurídico al que se someten este género de autorizaciones y la referencia a la propuesta de la Dirección General de Entidades en la que se afirma "haber verificado que concurren las causas excepcionales que motivan las autorizaciones". Menciones suficientes para considerar cumplida la exigencia de motivación, a partir de la cual los interesados en impugnar el acto autorizatorio estaban en condiciones de combatir tanto la apreciación del presupuesto de hecho (las peticiones de reembolso en una determinada cuantía) cuanto la base jurídica utilizada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores para la autorización.

Siendo ello así, la apelación a los distintos apartados del artículo 62.1 de la Ley 30/1992 no podía prosperar. El Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores era competente por razón de la materia para otorgar la autorización (letra b); el contenido de ésta no era imposible (letra c); no se ha demostrado que la resolución fuese en sí misma constitutiva de una infracción penal (letra d) y, en fin, no se prescindió total y absolutamente del procedimiento establecido para dictarla (letra e).

Duodécimo.- A diferencia de los precedentes, el quinto motivo de casación aborda ya, al menos en parte, lo que pudieran ser defectos del acto impugnado a causa de su contenido eventualmente ilegal. "Activa" considera en este motivo que la autorización emitida por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores -y derivadamente la sentencia de instancia al corroborar su validez- vulneraba las letras c) y d) del artículo 63.3 del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, el artículo 33 del mismo Reglamento y el artículo 24

de la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de septiembre de 1993 sobre fondos y sociedades de inversión mobiliaria.

De estos dos últimos el artículo 24.1 de la Orden citada se limita a hacer un reenvío al régimen de disolución y liquidación de los Fondos de Inversión Inmobiliaria previsto en el artículo 47 del Reglamento de la Ley 46/1984, de 26 de diciembre (debe entenderse que al régimen establecido en el Reglamento de la Ley que sustituyó a aquella). Y el artículo 33 del Reglamento aprobado por Real Decreto 1309/2005 (esto es, del Reglamento de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de instituciones de inversión colectiva) regula la disolución y liquidación de los fondos de inversión. En la medida en que el acto impugnado no adopta ninguna decisión sobre la disolución y liquidación del Fondo objeto de litigio, limitándose a otorgar la autorización instada a los únicos efectos de propiciar la suspensión de los reembolsos (y de los coeficientes de diversificación), ninguno de ambos preceptos era pertinente para juzgar sobre aquella autorización.

Tampoco era aplicable al supuesto de autos la letra c) del artículo 63.3 del Reglamento de la Ley 35/2003, que instaura una regla general (debe permitirse a los partícipes suscribir o solicitar el reembolso de sus participaciones, al menos una vez al año) y una excepción: la Comisión Nacional del Mercado de Valores puede, cuando existan razones de mercado que lo justifiquen o para asegurar el buen funcionamiento o la estabilidad del fondo, autorizar, en el caso de los reembolsos, un plazo distinto que no podrá superar los dos años. En el caso de autos, la decisión adoptada no fue esa sino la que contempla, específicamente y como *lex specialis*, la letra d) del mismo artículo y apartado para aquellos supuestos en que existan peticiones de reembolsos superiores al diez por ciento del patrimonio total del Fondo.

La aplicación que la Comisión Nacional del Mercado de Valores hizo del artículo 63.3, letra d), del Reglamento de la Ley 35/2003 fue ajustada a dicho precepto, como bien estimó el tribunal de instancia, pues concurría el supuesto de hecho al que la norma liga la consecuencia jurídica correspondiente. Y en realidad, según también apreció aquella Sala, la propia Asociación recurrente venía a admitir que así era. Afirma dicha Asociación (página 134 del escrito de interposición del presente recurso) que, en el momento en que se autorizó, "la suspensión de reembolsos era inevitable y definitiva". Es cierto que lo hace a los efectos de insistir en su tesis -reiterada- de que debería haberse procedido no tanto a la suspensión sino a la liquidación y disolución del fondo, al ser "imposible su recuperación [...] por ser un fraude piramidal". Pero, al margen de lo que diremos inmediatamente, no puede dejar de subrayarse que:

- A) Aquellas afirmaciones vienen a reconocer de modo implícito la procedencia de acordar la suspensión de los reembolsos y que la autorización se atenía a su finalidad pues, como también asevera la propia recurrente, la suspensión de los reembolsos constituye una "medida temporal y preventiva para asegurar la continuidad, estabilidad y buen funcionamiento de un fondo" (de nuevo son sus palabras literales).
- B) En el caso de autos las entidades gestora y depositaria del Fondo consiguieron ulteriormente restablecer la situación, en las condiciones y tras

las aportaciones descritas en el "hecho relevante" número 134305, de 3 de diciembre de 2010, comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Tal restablecimiento demuestra, bien que sea a posteriori, que no existía la "imposibilidad de recuperación del Fondo" a la que se refería la recurrente como motivo para excluir la suspensión, pues aquellas dos entidades acordaron reanudar el pago de los reembolsos suspendidos antes de que acabase el período de dos años. Todo ello sin perjuicio de que los eventuales perjuicios derivados de efectuar los reintegros a uno u otro valor participativo puedan ser reclamados, como lo han sido, ante los tribunales civiles.

En cuanto a la disolución -y subsiguiente liquidación- del Fondo, se trata en principio de una decisión empresarial y no tanto administrativa, aunque sujeta a la supervisión de la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Ésta, sin embargo, podrá proponer (según la versión anterior del artículo 50 de la Ley 35/2003) o acordar (en la versión vigente de dicho artículo) la revocación de la autorización concedida a una sociedad gestora, revocación que puede -no necesariamente debe- conllevar la disolución forzosa de la entidad. Con lo cual, las cuestiones relativas a la procedencia de acordar la disolución han de ser diferidas al análisis del motivo siguiente, en el que se suscitan las concernientes a la revocación.

El motivo quinto concluye, como los demás amparados en el artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional, con una solicitud genérica de integración de hechos a la que ya hemos dado respuesta.

Decimotercero.- En el sexto y último motivo de casación la defensa de "Activa" considera que la Sala de instancia ha incurrido en una "infracción del principio de actuación en interés de los partícipes que motiva todos y cada uno de los artículos de la LIIIC, en concreto, los arts. 49.1.f) y g), 50, 51 y 52 de la Ley 35/2003".

La tesis mantenida en el motivo final es, en realidad, reiteración del planteamiento previo. A juicio de la recurrente la Comisión Nacional del Mercado de Valores se desentendió "de las obligaciones, responsabilidades y competencias que le corresponden" al acordar la autorización para suspender los reembolsos y al "dar cobertura a la liquidación sin disolución del fondo, olvidándose de las potestades administrativas a que está obligado a ejercitar cuando sea preciso en los casos previstos en los arts. invocados".

Los "artículos invocados" tratan, respectivamente, de las causas (artículo 49.1) y del procedimiento (artículo 50) para revocar la preceptiva autorización de que deben disponer las sociedades gestoras de las instituciones de inversión colectiva; y de la suspensión, parcial o total, de los efectos de las autorizaciones concedidas (artículo 51 y 52). La recurrente no llega a precisar con la exigible claridad en el sexto motivo si, a su juicio, procedía una u otra medida, del mismo modo que tampoco había introducido mayores concreciones en el fundamento jurídico séptimo de la demanda, cuyo contenido reproduce ahora en buena parte. Resulta, por ello, prácticamente imposible

verificar en casación si la Sala de instancia infringió alguno de los preceptos singulares que se invocan en el motivo, pues la recurrente no llega a precisar cuál de ellos, en concreto, habría sido vulnerado, tratándose además de artículos que comprenden medidas de naturaleza diferente, una sólo temporal y cautelar y la otra plena y definitiva, a su vez desglosada en varias causas de revocación.

De hecho, las cinco "razones" que la defensa de "Activa" expone en este último motivo para sostener que la Comisión Nacional del Mercado de Valores debió adoptar alguna medida de intervención (repetimos, sin indicar si había de ser revocatoria de la autorización para gestionar el Fondo o meramente suspensiva) se remontan a hechos y periodos muy anteriores al acto impugnado cuando en ellas se afirma que las sociedades gestora y depositaria del Fondo "[...] estaban infringiendo de manera grave y sistemática desde al menos el 1 de enero de 2003 disposiciones del régimen jurídico de los mercados de valores y de las instituciones de inversión colectiva", tanto en general como en lo que concierne las comisiones cobradas (primera "razón") y en relación con sus obligaciones de información (segunda "razón").

Imputa igualmente la recurrente a aquellas sociedades que no evitaran las peticiones de reembolso por un importe del ochenta por ciento del patrimonio (tercera "razón") y que decidieran deliberadamente "la encalladura del fondo" (cuarta razón). Y concluye censurando que las referidas sociedades "no cumplieran con la normativa establecida por la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, la Directiva 2006/73/CE de la Comisión, de 10 de agosto de 2006, por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de funcionamiento de las empresas de inversión y términos definidos a efectos de dicha Directiva y la Directiva 2006/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, sobre la adecuación del capital de las empresas de inversión y las entidades de crédito y están ajustando la oferta de sus productos al perfil de cada inversor, evitando los riesgos y perjuicios a sus clientes".

Pues bien, todas estas acusaciones (algunas de ellas -como la tercera, cuarta y quinta- expuestas en términos tan genéricos que resulta difícil responderlas) y reproches a la actuación de las sociedades gestora y depositaria pudieron haber sido puestas en conocimiento del organismo supervisor por los partícipes del Fondo, a fin de que aquél incoara el preceptivo expediente de revocación de la autorización, que habría de ajustarse al procedimiento común previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (artículo 50 de la Ley 35/2003), lo que no consta en autos.

Incluso en el caso de que la labor supervisora de la Comisión Nacional del Mercado de Valores se hubiera debido acometer de oficio, lo cierto es que la inactividad o las omisiones del organismo supervisor podrían generar otras consecuencias, también jurídicas, que no resultaban incompatibles con la decisión objeto de litigio. En esta última, según ya hemos expuesto, el organismo supervisor del Mercado de Valores se limita a tomar nota de una situación excepcional en que las solicitudes de reembolso

superaban con mucho el límite previsto para instar su suspensión, a la vista de lo cual, y fueran cuales fueran las razones que habían conducido a ello, autoriza la medida de paralización temporal de los reembolsos, limitada a dos años. Si además debió acordar, o no, la liquidación del Fondo previa revocación de la autorización dada a la sociedad gestora, precedida a su vez de un expediente contradictorio, era cuestión que, como en definitiva resolvió el tribunal de instancia, desbordaba los límites procesales de la específica impugnación dirigida contra el acuerdo recurrido.

Aun cuando ello no tendrá ya efectos directos en el fallo desestimatorio del recurso, no es ocioso añadir -es cierto que utilizando de modo retrospectivo el "hecho relevante" número 134305, de 3 de diciembre de 2010, comunicado a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y acreditado en autos, al que también nos referíamos en el fundamento jurídico duodécimo de esta sentencia- que las actuaciones de las entidades gestora y depositaria del Fondo, con el respaldo de la entidad bancaria en cuyo grupo se integraban, restablecieron en el año 2010 el equilibrio y propiciaron el reembolso de las participaciones a los partícipes que lo requirieron. Lo cual contribuye a poner de manifiesto que no era imprescindible, para superar la situación patrimonial a la que dio respuesta la Comisión Nacional del Mercado de Valores con su medida de 4 de marzo de 2009, proceder a la liquidación y disolución del propio Fondo. La Comisión Nacional del Mercado de Valores no otorgó, pues, y en contra de lo que afirma la recurrente, "cobertura" a una liquidación del Fondo que no llegó a producirse.

Decimocuarto.- La conclusión de cuanto queda expuesto es que no ha lugar al recurso de casación. Procede, en consecuencia, la imposición de las costas a la parte que lo ha interpuesto, conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional. A tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto, no obstante la muy elevada cifra en que la recurrente fijó la cuantía litigiosa, limitar hasta una cifra máxima de diez mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a cada una de las partes contrarias.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

Primero.- Desestimar el recurso de casación número 4076/2011 interpuesto por "Activa, Asociación para la Protección de Partícipes de Fondos de Inversión y de Pensiones y de los Accionistas de Sociedades de Inversión" contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 17 de mayo de 2011 en el recurso número 115/2009.

Segundo.- Imponemos a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.