

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 13 DE NOVIEMBRE DE 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 186/2023
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 1 de junio de 2022.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a trece de noviembre de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el **número 186/2023**, se tramita a instancia de **Ges Seguros y Reaseguros, SA** representado por el Procurador don AAB contra la resolución del Director General de Mercados de la CNMV, de 1 de junio de 2022, por la cual se informa que dos consejeros no cumplen los requisitos de independencia que exige la normativa para ser miembros de la comisión de auditoría de la entidad, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la CNMV y es la Resolución de fecha 1 de junio de 2022.

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

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

CUARTO.- Contestada la demanda se solicitó el recibimiento del pleito a prueba, que fue denegado mediante auto de fecha 6 de marzo de 2024. Fijada la cuantía por diligencia de ordenación de fecha 12 de marzo de 2024 en **Indeterminada**. Por resolución de fecha 7 de octubre de 2024 se dio traslado al procurador de la recurrente por el plazo de diez días para que formulase alegaciones sobre la causa de inadmisibilidad del recurso, lo que hizo en tiempo y forma con el resultado obrante en autos, quedando los autos conclusos para sentencia señalándose para votación y fallo el día 5 de noviembre de 2024 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- 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 el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución del director general de Mercados de la CNMV, de 1 de junio de 2022, por la cual se informa que dos consejeros no cumplen los requisitos de independencia que exige la normativa para ser miembros de la comisión de auditoría de la entidad.

Solicita la parte recurrente que se *"declare nulo y contrario a derecho la resolución del Director General de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 1 de junio de 2022 por la que se conminó a*

Ges Seguros a la recalificación de los consejeros D. CQ y D. IGN a una categoría distinta a la de independientes, a la realización de las modificaciones necesarias en la Comisión de Auditoría y Control para que cumpla con los criterios de mayoría de miembros independientes, conforme a los particulares criterios del citado regulador y a la notificación de las modificaciones realizadas, bajo apercibimiento de apertura de expediente sancionador y, en su consecuencia, revocar y anular el citado acuerdo por ser contrario a derecho."

SEGUNDO.- Alega la parte demandada que el acto impugnado no es susceptible de recurso en sí mismo. Que dicha resolución no reúne las características de acto administrativo en sentido estricto, ni por su apariencia externa ni por su contenido, al no expresar juicio, conocimiento o deseo, ni derivarse de la misma efectos jurídicos inmediatos para la entidad, siendo así que el escrito, ahora recurrido, no constituyó declaración formal de voluntad administrativa creadora de una situación jurídica subjetiva en la recurrente, como exige para concluir la existencia de un acto administrativo recurrible. Niega también la parte demandada que la actora haya interpuesto recurso de reposición contra aquel acto. Que se advirtió a la parte actora de la naturaleza y fines de la actuación administrativa desplegada, por lo que era del todo conocedora del carácter interlocutorio de tal resolución, y de su consiguiente irrecurribilidad.

Alega el abogado del Estado que desde las sentencias del Tribunal Supremo de 2 de abril de 1979 (dictada en apelación de la sentencia de la Sala 1ª de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Territorial de Barcelona, de 16/10/1973; RJ 1979/1942), de 7 de mayo de 1979, respecto a una comunicación de la Dirección General de Trabajo de 12/12/1.973 y a la Resolución del Ministerio de Trabajo de 12/07/1.974, confirmatoria en alzada de aquélla -RJ 1979/2260-, nuestra jurisprudencia ha dejado claro qué se debe entender por acto administrativo, a los efectos de su posible fiscalización por vía de recurso administrativo conforme a lo previsto en el artículo 107 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (actualmente, el artículo 112 de la Ley 39/2015). La doctrina y la jurisprudencia excluye del concepto de acto administrativo *"cualquier otra declaración o manifestación que, aunque provenga de Órganos administrativos, no sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas es decir carezca de efectos imperativos o decisorios. Así, no pueden merecer el calificado de actos impugnables, los dictámenes e informes, manifestaciones de juicio, que siendo meros actos de trámite provienen normalmente de Órganos consultivos, ni tampoco las contestaciones a consultas de los administrados. Aunque éstas provengan de Órganos decisorios, por su propia naturaleza carecen de los elementos esenciales definitorios de una resolución y por tanto de la trascendencia creativa consustancial del acto administrativo propiamente dicho."* Cita la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 7 de diciembre de 2005, (rec. 20272004, JUR 2006/265460) define la naturaleza y características del acto administrativo señalando lo siguiente: *"... la doctrina jurisprudencial ha venido señalando que todo acto administrativo es en esencia una declaración formal de voluntad administrativa creadora de una situación jurídica subjetiva (STS 2 abril 1979), o que la naturaleza jurídica del acto administrativo reside en constituir una especie de acto jurídico emanado de un órgano administrativo en manifestación de la voluntad creadora de una situación jurídica (STS 30 abril 1984). La misma doctrina jurisprudencial distingue entre las declaraciones de voluntad y las meras declaraciones de juicio. Así, la sentencia últimamente citada excluye del concepto de acto administrativo cualquier otra declaración o manifestación que, aunque provenga de órganos administrativos, no sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas, es decir, que carezca de efectos imperativos o decisorios..."*

Trae a colación también la sentencia n.º 97/2016, de 17 de febrero, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Ilma. Sala (Rec. 8/2015; JUR 2016\60942).

Alega, en síntesis, el abogado del Estado que si examinamos la resolución del Director de Mercados cuya calificación aquí se enjuicia, se ha de concluir que tiene un contenido meramente informativo, que determina su inaptitud para ser recurrido. La actuación que aquí se recurre no supone el ejercicio de ninguna competencia sustantiva al no desplegar efectos sobre la esfera jurídica de la entidad recurrente, dado que, en el ejercicio de las competencias que le son propias, la CNMV únicamente podía limitarse a requerir al recurrente para que adopte las modificaciones indicadas y le remite la información al respecto. Es decir, si se examina en detalle la resolución, ésta se limita a requerir al recurrente, sin mayores consecuencias sobre la esfera jurídica de la compañía. Se le dice cuál es el criterio de supervisión, pero sin apercibimientos ni carácter ejecutivo. En otros términos: la comunicación impugnada no deja de ser una comunicación, en la cual el supervisor le traslada un criterio, pero sin afectación directa a su esfera jurídica. Cuestión distinta es el eventual procedimiento sancionador que a futuro pueda abrirse a la empresa, pero dicho sancionador no se abriría por incumplir el requerimiento, sino por incumplimiento de la normativa de aplicación, siendo así que dicha sanción sí sería recurrible y en dicho caso sí podría hacer valer cualesquiera argumentos se tengan por conveniente.

Cita al efecto las sentencias de la Sección 7ª de esta misma Sala, de 25 de enero de 2016 (recurso 447/2015) y 18 de enero de 2016 (recurso 99/2015).

Concluye la demandada por todo ello, que el recurso debe ser inadmitido, al tener por objeto un acto administrativo no susceptible de impugnación.

TERCERO.- La demandante no está de acuerdo es que la resolución recurrida *“tiene un contenido meramente informativo, que determina su inaptitud para ser recurrida”*, según manifiesta la demandada porque mediante escritos de fechas 7 de febrero y 1 de junio, ambos de 2022, la CNMV: 1. Requiere a la demandante para que proceda a la recalificación de los consejeros a una categoría distinta a la de independientes y en consecuencia nombre otros dos consejeros que sí tengan la condición de independientes según lo que *“viene siendo el criterio utilizado por la CNMV...”* 2. Le requiere igualmente un calendario o plan de actuación para llevarlo a cabo. 3. Le recuerda que si no cumple incurrirá en una infracción grave, que conllevará presumiblemente, previo expediente sancionador, la correspondiente sanción.

Considera la recurrente que las resoluciones de la CNMV objeto de impugnación son actividad administrativa impugnabile conforme a lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LRJCA), ya que: i) deciden directamente sobre el fondo del asunto, al determinar que los consejeros no tienen el carácter de independientes, conminando a la actora a recalificar su condición y a presentar un calendario de modificación de la composición de la Comisión de Auditoría y Control (CAC), bajo apercibimiento de expediente sancionador por infracción grave. ii) determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento administrativo al aplazar sine die la resolución del procedimiento (sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1989) habiendo de recurrir a la jurisdicción contencioso-administrativa, iii) producen indefensión por cuanto no se saben ciertamente las *“reglas de juego”* del procedimiento al que nos enfrentamos: líquido, indefinido y condescendiente, por cuanto utiliza para resolver argumentos subjetivos que *“viene siendo el criterio utilizado por la CNMV...”* iv) producen un perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos de la demandante, sustentados en la aplicación estricta de la norma (tanto de la Ley como la de su autorregulación), obligando a remover de la CAC a los consejeros que conforme a un criterio subjetivo e inaceptable de aplicación de la norma considera que no son independientes. Esto conlleva la necesidad buscar, nombrar, formar y retribuir nuevos consejeros que cumplan los criterios de las sociedades cotizadas, exigidos por la CNMV.

CUARTO.- Efectivamente, la actuación administrativa impugnada es recurrible. Contiene, tal y como literalmente reza en su apartado 13, un requerimiento. Fija un plazo para su cumplimiento. Advierte de las consecuencias: por una parte, la paralización de hecho del procedimiento y por otra parte, el apercibimiento o advertencia de la apertura de un procedimiento sancionador.

Es evidente que no se trata de una resolución meramente informativa. Se trata de un acto administrativo recurrible conforme a lo establecido en el artículo 25 de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

QUINTO.- Procede, en consecuencia, examinar el fondo de la cuestión planteada. Tal y como más arriba hemos detallado, la parte recurrente que se *"declare nulo y contrario a derecho la resolución del Director General de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 1 de junio de 2022 por la que se conminó a Ges Seguros a la recalificación de los consejeros D. CQ y D. IGN a una categoría distinta a la de independientes, a la realización de las modificaciones necesarias en la Comisión de Auditoría y Control para que cumpla con los criterios de mayoría de miembros independientes, conforme a los particulares criterios del citado regulador y a la notificación de las modificaciones realizadas, bajo apercibimiento de apertura de expediente sancionador y, en su consecuencia, revocar y anular el citado acuerdo por ser contrario a derecho."* La cuestión planteada, por lo tanto, es si la actuación administrativa objeto del presente recurso es o no es ajustada a derecho.

La parte recurrente alega, en síntesis, que no debe serle aplicada la interpretación del concepto de independencia a que se refiere la legislación (artículo 529 quaterdecies del texto refundido de la ley de sociedades de capital, aprobado por real decreto legislativo uno/2010, de 2 de julio, en relación con el apartado uno de la ley 22/2015, de auditoría de cuentas), como si la recurrente fuese una sociedad cotizada, pues, en contra de lo que argumenta la administración demandada, no puede interpretarse el concepto de independencia, con las restrictivas y exclusivas normas reservadas a las cotizadas, a la entidad recurrente. Al respecto alega que las normas excepcionales no deben aplicarse a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas (artículo cuatro del código civil), y el artículo 529 duodecies, junto con el resto de los artículos del título XIV de la ley de sociedades de capital, sólo pueden aplicarse a las sociedades cotizadas, entidades excepcionales.

Sin embargo, la disposición adicional tercera de la ley 22/2015, de 20 de julio, por el que se aprueba Ley de Auditoría de Cuentas, dispone, en lo que aquí interesa: *1. Las entidades de interés público, cuya normativa no lo exija, deberán tener una Comisión de Auditoría con la composición y funciones contempladas en el artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio. 2. En las entidades a que se refiere el apartado 1 que dispongan de un órgano con funciones equivalentes a las de la Comisión de Auditoría, que se haya establecido y opere conforme a su normativa aplicable, las funciones de la Comisión de Auditoría serán asumidas por el citado órgano, debiendo dichas entidades hacer público en su página web el órgano encargado de esas funciones y su composición. En las Cajas de Ahorros las funciones de la Comisión de Auditoría podrán ser asumidas por la Comisión de Control. 3. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, no estarán obligadas a tener una Comisión de Auditoría: a) Las entidades de interés público cuya única actividad consista en actuar como emisor de valores garantizados por activos, según se definen dichos valores en el artículo 2, punto 5, del Reglamento (CE) n.º 809/2004 de la Comisión. b) Las entidades de interés público previstas en el artículo 3.5 b) que sean pequeñas y medianas, siempre que sus funciones sean asumidas por el órgano de administración. Cuando el órgano de administración ejerza las funciones de la Comisión de Auditoría y su Presidente tenga atribuidas funciones ejecutivas, éste no podrá ejercer las funciones que legal o estatutariamente le correspondan en su condición de tal. c) Las entidades de interés público previstas en el artículo 3.5 b) a las que la normativa comunitaria*

permita exonerar de este requisito y así se determine reglamentariamente. d) Las entidades de interés público que sean dependientes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 42 del Código de Comercio, de otras entidades de interés público, siempre que concurran los siguientes requisitos: 1.º Que las entidades dependientes estén íntegramente participadas por la entidad dominante. 2.º Que la administración de las entidades dependientes no se atribuya a un consejo de administración. 3.º Que la Comisión de Auditoría de la entidad dominante asuma también, en el ámbito de las dependientes a que se refiere este apartado, las funciones propias de tal comisión y cualesquiera otras que pudiesen atribuírsele. Las entidades de interés público a que se refiere este apartado harán públicos en su página web los motivos por los que consideran que no es adecuado disponer de una Comisión de Auditoría o de un órgano de administración o supervisión encargado de realizar las funciones de la Comisión de Auditoría. 4. Quedarán exentas del cumplimiento del requisito de independencia exigido a la Comisión de Auditoría por los apartados 1 y 2 del artículo 529 quaterdecies del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, las entidades que reúnan los siguientes requisitos: a) Que se trate de entidades de interés público de las previstas en el artículo 3.5.b) y tengan obligación de tener Comisión de Auditoría. b) Que los miembros de la Comisión de Auditoría lo sean, a su vez, de su órgano de administración. c) Que su normativa específica no exija la presencia de consejeros independientes en el órgano de administración. 5. Las entidades de interés público a que se refieren los apartados 2 a 4 anteriores comunicarán las circunstancias en ellos recogidas a las autoridades supervisoras nacionales de dichas entidades. Dicha comunicación se realizará en el plazo de un mes a contar desde que se adoptó el acuerdo societario correspondiente. 6. Lo establecido en las funciones previstas en las letras d) a g) del artículo 529 quaterdecies, apartado 4, del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, se entenderán sin perjuicio de las competencias atribuidas al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en la normativa reguladora de la auditoría de cuentas en relación con la observancia del deber de independencia. 7. La supervisión del cumplimiento de lo establecido en esta disposición adicional corresponde a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de conformidad con lo dispuesto en el título VIII de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores. Esta competencia se entiende sin perjuicio de la que ostenta el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas en materia de supervisión de la actividad de auditoría de cuentas. Con carácter puntual y a la mayor brevedad posible, la Comisión Nacional del Mercado de Valores facilitará al Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas para su remisión a la Comisión de Órganos Europeos de Supervisión de Auditores la información correspondiente a las sanciones, en su caso, impuestas que hubieren ganado firmeza en vía administrativa, a los miembros de la Comisión de Auditoría a que se refiere esta disposición adicional.

El concepto de independencia, mantiene la parte recurrente en su escrito de demanda, cuando nos referimos a consejeros no es único. La LSC para las sociedades cotizadas mantiene una descripción de atributos negativos (determina quién no es independiente con una relación de supuestos), frente a la tendencia generalmente aceptada de una descripción abierta y positiva, basada en el principio de cumplir o explicar que permite la existencia de nuevos tipos de directores que poseen los conocimientos, la profesionalidad y objetividad susceptible de contribuir positivamente al Consejo de Administración, aun cuando haya una mayor proximidad al equipo de gestión.

Esa es la definición de consejero independiente que la recurrente, en su proceso de autorregulación, manifiesta haber establecido en los estatutos sociales, código de buen gobierno corporativo y reglamento de la Comisión de Auditoría y Control, que es la habitualmente utilizada por todo el gobierno corporativo de los países desarrollados. Por este motivo, coincide con la definida en el artículo 529 duodecies (no con la relación de atributos negativos que se relacionan a continuación de la definición). Y conforme a esta regulación, para ser independiente el consejero ha de ser nombrado por sus condiciones personales y profesionales. Y los consejeros lo han sido

expresamente porque tienen unos conocimientos técnicos del negocio asegurador y financiero de gran importancia estratégica para la demandante. Pero también conocen muy bien el modelo de negocio y la cultura de Ges Seguros, vitales para el ejercicio de sus funciones de supervisión y control. Los currículums aportados al expediente lo ponen de manifiesto. El otro requisito exigido es que puedan desempeñar sus funciones sin verse condicionados por relaciones con la sociedad, su grupo, sus accionistas significativos o sus directivos. Y los consejeros cada año son interrogados expresamente sobre este hecho en concreto, habiendo declarado expresamente (en los años objeto de revisión) que no se encuentran condicionados en el desempeño de sus cargos. Corresponde a la entidad, por medio de las funciones y órganos de control, comprobar, analizar, eliminar o mitigar los posibles conflictos de interés que pudieran ponerse de manifiesto en el ejercicio de sus funciones por los consejeros.

La actuación administrativa recurrida, sin embargo, aparece debidamente motivada. Concretamente, la resolución de 1 de junio de 2022, en sus apartados uno a tres analiza y motiva la aplicabilidad de las exigencias de independencia de los consejeros a la entidad recurrente, descartando así que sólo resulten exigibles a las entidades cotizadas, tal y como pretende la parte recurrente. Véase más arriba la disposición adicional tercera de la ley 22/2015, de 20 de julio. En consecuencia, las alegaciones vertidas por la parte demandante carecen de virtualidad anulatoria. El requerimiento formulado en la resolución recurrida viene motivado por una serie de requerimientos previos y respuestas dadas o planteamiento de la misma cuestión: la referida a la recalificación de los consejeros D. CQ y D. IGN a una categoría distinta a la de independientes, a la realización de las modificaciones necesarias en la Comisión de Auditoría y Control para que cumpla con los criterios de mayoría de miembros independientes.

Por todo lo expuesto, la actuación administrativa recurrida debe considerarse conforme al ordenamiento jurídico.

En consecuencia, debe desestimarse el presente recurso.

Como quiera que hemos rechazado la causa de inadmisibilidad, pretensión que fue formulada por la parte demandada, es por lo que de conformidad con el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no procede formular expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por **Ges Seguros y Reaseguros, SA.**

Sin condena en costas.

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

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.