

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 6 DE OCTUBRE DE 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 1679/2020
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 29 de julio de 2020.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a seis de octubre de dos mil veintiuno.

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 1679/2020**, se tramita a instancia de **COMPRES PERKS PFP, S.A.**, representada por la Procuradora Doña MOC, y asistido por el Letrado Don AMM, contra Resolución del Consejo de la Comisión Nacional Mercado de Valores de 29 de julio de 2020 y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte indicada interpuso en fecha 23/11/2020 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: "que, habiendo presentado este escrito, se digne admitirlo, y tener por formulada demanda contencioso-administrativa; y en su día, tras la pertinente tramitación legal, dictar sentencia por la que se declare no ajustada a derecho la resolución impugnada, anulando la misma; con imposición de costas a la demandada".

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente proceso y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el recurso confirmando íntegramente la resolución impugnada, con expresa imposición de costas a la parte recurrente."

3.- Contestada la demanda quedaron los autos conclusos para sentencia. Por providencia de 21 de septiembre de 2021 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 5 de octubre de 2021, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- 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^a Isabel García García-Blanco.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

1.- Actividad administrativa impugnada

En el presente recurso se impugna la resolución de la CNMV de 29/07/2020 en la que se acuerda:

"Revocar y cancelar la inscripción en el Registro Administrativo de la CNMV de COMPRES PERKS, PFP,SA (inscrita en el correspondiente registro de la CNMV con el número 26), de conformidad con lo establecido en los artículos 55.f) y 59.1.a) de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial"

2.- Demanda

En la demanda se viene a hacer valer:

"a) La falta de actividad de la plataforma desde su inscripción en el correspondiente registro, no es una causa de revocación, pues carece de encaje legal en el art. 59.1.a) de la Ley 5/2015, que se refiere a la interrupción de hecho de las actividades específicas autorizadas durante un periodo superior a un año.

b) Donde sí tendría encaje la conducta que la resolución atribuye a COMPTES PERKS, PFP, es como causa de caducidad de la autorización, contemplada en el artículo 53.1.3 de la Ley.

c) Ahora bien, como revocación y caducidad son dos instituciones jurídico administrativas sustancialmente diferentes, sometidas a distintos requisitos, no cabe revocar una autorización al amparo de la cobertura jurídica de la caducidad, con fundamento en una conducta de su titular que no está establecida en la ley como causa o motivo de tal revocación.

d) Y ello es así porque como hemos visto, la caducidad debe declararse mediante un acto formal que aquí no se ha producido, debiendo interpretarse y aplicarse restrictivamente, Lo que veda la posibilidad de asimilar una causa de caducidad a un motivo de revocación.

e) Además, la falta de disposición de una buena organización administrativa y contable no puede ser causa autónoma de revocación de la autorización porque:

- No aparece contemplada en la Ley, ni en el artículo 59, referido específicamente a los supuestos de revocación, ni tampoco entre el amplio elenco de conductas del artículo 92, definidas como infracciones graves, que pudieran ser sancionadas con la revocación de la autorización, según determina el artículo 93. Pudiera en su caso, tratarse de una infracción leve.

- La resolución no justifica de manera suficiente por qué la organización no cumple con el canon legal de buena organización administrativa y contable, a pesar de las alegaciones y documentos que obran en el expediente. No existe una motivación suficiente, concreta y específica al respecto.

- Entre esta sedicente causa de revocación y la relativa a la falta de inicio de la actividad como plataforma se da una absoluta contradicción, pues si se mantiene esta última, la anterior no puede ser más que una consecuencia: si no hay actividad no hay una organización dispuesta."

3.- Hechos

Los hechos de los que parte la resolución recurrida son:

"El Departamento de Autorización y Registros de Entidades ha tenido conocimiento, a través de la información remitida por la PFP al Departamento de Supervisión correspondiente a los ejercicios 2018 y 2019, de que desde su inscripción en el Registro de la CNMV COMPTES PERKS, PFP, S.A. no ha desarrollado ninguna actividad, no habiendo difundido ningún proyecto de financiación participativa, y no se ha dotado de personal."

La resolución recurrida suministra como datos identificativos de la PFP recurrente los siguientes:

"COMPTES PERKS, PFP, S.A. se inscribió en el registro de la CNMV el 6 de julio de 2018 con el número 26, siendo su socio al 99% PROMOCIONES RENTA Y MANTENIMIENTO SOCIMI, sociedad controlada por D. JPO, ostentando ese último, además, el 1% restante de participación y el cargo de administrador único de la PFP.

La PFP tenía previsto difundir los proyectos a que se refieren los artículos 50.1.a) y 50.1.b) de la Ley 5/2015, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en adelante, Ley 5/2015), en concreto, proyectos de carácter inmobiliario consistentes en la adquisición y reforma de locales comerciales para su alquiler, especialmente antiguas oficinas bancarias,

en el ámbito de la Comunidad de Madrid. Sin embargo, desde su inscripción en el Registro de la CNMV, COMPTES PERKS, PFP, S.A. no ha desarrollado ninguna actividad, no habiendo difundido ningún proyecto de financiación participativa, ni se ha dotado de personal, tal y como se desprende de la información remitida por la PFP al Departamento de Supervisión correspondiente a los ejercicios 2018 y 2019, constando además actualmente en su página web “próximamente desde Perks os ofreceremos invertir en proyectos inmobiliarios en España”.

Mientras la plataforma ha permanecido inactiva desde su inscripción en el Registro de la CNMV, hemos tenido conocimiento de que se han producido dos cambios de control, efectuados ambos sin haber solicitado previamente la autorización de la CNMV requerida por la Ley 5/2015; en este sentido, el artículo 58.1.c) de dicha ley establece que deberán ser sometidas a autorización por parte de la CNMV los “cambios en la relación de socios con participación significativa (...)”, disponiendo el artículo 57.3 de la misma ley que “a los efectos previstos en este título, se entenderá por participación significativa aquella que alcance, de forma directa o indirecta, al menos, un 10 por ciento del capital o de los derechos de voto de la empresa o aquella que, sin llegar al porcentaje señalado, permita controlar la empresa en los términos previstos en el artículo 42 del Código de Comercio”.

Los cambios de control han sido los siguientes:

1. Adquisición del control por D. DCM

Tras la reunión mantenida por el equipo que gestiona la autorización de plataformas de financiación participativa en DARE con D. DCM el 24 de abril de 2019, se recibió en la CNMV con fecha 27 de mayo de 2019 solicitud de autorización a posteriori de un cambio de control producido en la PFP en febrero de 2019. En concreto, informaron de que en esa fecha PROMOCIONES RENTA Y MANTENIMIENTO SOCIMI realizó una ampliación de capital con aportación no dineraria de las participaciones de INSTITUTO DE FORMACIÓN FINANCIERA Y EMPRESARIAL, S.L. (IFFE), pasando como contrapartida el accionariado de la SOCIMI a estar controlado por D. DCM con un 64,71% y reduciéndose la participación del grupo P al 5%, lo que supuso, por tanto, un cambio en el control indirecto de COMPTES PERKS, PFP, S.A. de D. JPO a D. DCM. Adicionalmente, la SOCIMI cambió su denominación a IFFE FUTURA, S.A. y cambió de segmento de cotización en el MAB a “empresas en expansión”.

La documentación presentada con la solicitud de autorización contenía muchas deficiencias y carencias de información, por lo que, tras varios requerimientos telefónicos, se envió requerimiento escrito de subsanación el 18 de octubre de 2019 en el que se solicitó, entre otros, que informaran de las consecuencias del cambio de control en la PFP (cambios, en su caso, en el plan de negocio, estructura organizativa, órgano de administración y entidad y procedimientos de pago).

2. Adquisición del control por D. MGA

Con fecha 4 de febrero de 2020 se recibió en la CNMV la contestación al requerimiento escrito mencionado en el punto anterior. En dicha contestación se informó de un nuevo cambio de control en la PFP ya realizado en virtud de contrato de compraventa de 26 de diciembre de 2019, elevado a público el 16 de enero de 2020, por el que IFFE FUTURA, S.A. había vendido a BR NATAL 2011, S.L., sociedad controlada indirectamente al 100% por D. MGA, el 90% de COMPTES PERKS, PFP, S.A. Adicionalmente, seguían sin describir adecuadamente el plan de negocio y los procedimientos de pago y se ponía de manifiesto la inexistencia de una estructura organizativa propia, estando previsto que empleados de sociedades de los grupos

de los dos socios de la PFP le prestaran servicios a ésta a tiempo parcial en virtud de acuerdos de asesoramiento no remunerado."

De lo actuado resulta que la PFP recurrente no ha realizado actividad alguna desde su inscripción en el registro de la CNMV el 06/07/2018 (hecho incuestionado) y que carecía de una estructura organizativa propia (hecho fácilmente deducible por actuaciones de la propia actora y no en vano en la contestación de fecha 04/02/2020, contestación a un requerimiento previo de la CNMV para que explicara con detalle la estructura organizativa de la PFP tras el cambio de control *"indicando el número de personas que trabajarán en la sociedad, así como si lo harán en régimen laboral o mercantil y a tiempo completo o parcial"*, se puso de manifiesto la inexistencia de una estructura organizativa propia, estando previsto que empleados de las sociedades de los grupos de los dos socios de la PFP le prestaran servicios a ésta a tiempo parcial en virtud de acuerdos de asesoramiento no remunerado).

4.- Marco normativo. Inactividad mantenida en la actividad objeto de la autorización administrativa. Revisión vs Caducidad de la autorización.

La **Ley 15/2015**, de 27 de abril, de fomento de la financiación empresarial (en sucesivas citas LFFE) busca favorecer e incentivar la transmisión del ahorro hacia la inversión, y entre las medidas articuladas para ello está la que *"pretende avanzar en el desarrollo de medios alternativos de financiación, sentando las bases regulatorias necesarias para fortalecer las fuentes de financiación corporativa directa o financiación no bancaria en España"* estableciendo por primera vez un régimen jurídico para las plataformas de financiación participativa, dando cobertura a las actividades comúnmente denominadas como «crowdfunding», que constituyen un novedoso mecanismo de desintermediación financiera: *"Las plataformas de financiación participativa ponen en contacto a promotores de proyectos que demandan fondos mediante la emisión de valores y participaciones sociales o mediante la solicitud de préstamos, con inversores u ofertantes de fondos que buscan en la inversión un rendimiento. En dicha actividad sobresalen dos características, como son la participación masiva de inversores que financian con cantidades reducidas pequeños proyectos de alto potencial y el carácter arriesgado de dicha inversión. Si bien podría pensarse que son pequeños inversores los que financian por acumulación proyectos en estas plataformas, las experiencias internacionales apuntan a que los inversores profesionales, aquí denominados inversores acreditados, apuestan también por los proyectos de financiación participativa, prestando las plataformas que los publican un útil servicio de filtrado de proyectos potencialmente viables"*

Esta LFFE 15/2015 establece el régimen jurídico de las PFP, regulando y reservando su actividad a las entidades autorizadas, a las que se requieren unos requisitos de autorización y registro ante la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Y en el particular de la regulación de su actividad, partiendo de que la inversión en estos proyectos es intrínsecamente arriesgada, se pretende minimizar el riesgo al que se enfrentan los inversores y los promotores frente a la plataforma y se basa en asegurar la neutralidad de las plataformas de financiación participativa en su relación entre inversores y promotores, así como la prohibición de ofrecer servicios propios de otro tipo de entidades ya reguladas y supervisadas, prohibiéndoles tomar fondos destinados a realizar pagos en nombre propio por cuenta de clientes, sin contar con la preceptiva autorización de entidad de pago.

Los preceptos de dicha LFFE 15/2015 a tener en cuenta en la resolución del recurso son los siguientes:

Art. 53.3, autorización,

"1. La Comisión Nacional del Mercado de Valores autorizará e inscribirá en su registro correspondiente a las plataformas de financiación participativa, previo informe preceptivo y vinculante del Banco de

España en el caso de plataformas que publiquen proyectos a los que se refiere el artículo 50.1.c) de esta Ley.

2. La solicitud de autorización deberá ser resuelta dentro de los tres meses siguientes a su recepción o al momento en que se complete la documentación exigible y, en todo caso, dentro de los seis meses siguientes a su recepción. La solicitud de autorización se entenderá desestimada por silencio administrativo si transcurrido ese plazo máximo no se hubiera notificado resolución expresa.

Las resoluciones dictadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores en ejercicio de la potestad de autorización que le atribuye este artículo pondrán fin a la vía administrativa.

3. Se producirá la caducidad de la autorización cuando dentro de los doce meses siguientes a su fecha de notificación, no se diere comienzo a las actividades específicas del objeto social de la plataforma por causas imputables a la misma.

4. La Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará al Ministerio de Economía y Competitividad los acuerdos de iniciación, con indicación de los elementos esenciales del expediente, los actos de trámite cualificados y los actos definitivos de los procedimientos de autorización de las plataformas de financiación participativa."

Art. 55. Requisitos para ejercer la actividad.

"Serán requisitos para que una entidad **obtenga y mantenga su autorización** como plataforma de financiación participativa los siguientes:

(...)

f) Disponer de una buena organización administrativa y contable o de procedimientos de control interno adecuados"

Art 59. Revocación, suspensión y renuncia de la autorización.

"La Comisión Nacional del Mercado de Valores podrá **revocar la autorización** concedida a una plataforma de financiación participativa, en las siguientes supuestos:

a) Si interrumpen de hecho las actividades específicas autorizadas durante un periodo superior a un año."

La revocación de la autorización, es la decisión de la Administración de cancelar jurídicamente un acto anterior que, por ello, va a perder su eficacia, uno de cuyos supuestos es la revocación, como consecuencia expresamente prevista para ello, para el incumplimiento de condiciones que permiten la obtención/mantenimiento de un título administrativo o autorización.

En cuanto a la caducidad de la autorización (no confundir con la caducidad del procedimiento administrativo) es la declaración por la Administración de la pérdida de un derecho que confiere la autorización o licencia, como consecuencia prevista para ello, que se produce por el transcurso del plazo fijado para su ejercicio sin haberlo efectuado. La caducidad precisa de:

a) La declaración de su procedencia en acto formal mediante la correspondiente tramitación. Sus efectos no se producen automáticamente por el simple transcurso del tiempo, ya que requiere de un acto formal declarativo recaído en el específico procedimiento que se siga con plena intervención del interesado y en el que no sólo basta acreditar dicho transcurso, sino, sobre todo,

la inequívoca voluntad de aquél de abandonar la actividad o proyecto objeto de la autorización o licencia.

b) La inexistencia de causa que justifique el no uso de la autorización o licencia en el plazo marcado, dada la restrictiva interpretación con que la institución ha de contemplarse, apareciendo clara, precisa e inequívocamente definidos los presupuestos normativos determinantes de su aplicabilidad.

c) la previsión normativa del supuesto extintivo de la autorización o licencia por su no uso.

A los efectos que aquí interesan, en la confrontación de las dos posibilidades legales previstas en el marco de la LFFE 15/2015: caducidad/revisión de la autorización como PFP, es más que evidente que se puede proceder a revocar la autorización por incumplimiento de condiciones, sin que ello tenga como base una infracción grave, por inactividad mantenida en las actividades específicas autorizadas durante un periodo superior a un año y a estos efectos, dada la finalidad buscada normativamente, es indiferente que dicha inactividad sea inicial (porque ni siquiera se empiecen a desarrollar las actividades una vez que la entidad es autorizada) o sobrevenida (porque una vez iniciadas se interrumpen).

Una inactividad de este tipo, durante más de un año, hace evidente la innecesaridad, inicial o sobrevenida, de la autorización conferida y la procedencia de su revocación que, en este contexto, resulta plenamente proporcionada aunque no se establece como una consecuencia derivada de una infracción (quedan por tanto al margen posibles comportamientos de la recurrente que en su caso pudieran haberse sancionado como infracción muy grave en el marco de los arts. 92.1 y 93.1 de la Ley 5/2015).

Por otro lado resulta inane el debate procesal instaurado acerca de si se ha cumplido o no con el principio de transparencia del art. 60.1 de la Ley al haber reorganizado el control de la PFP hasta en dos ocasiones sin haber solicitado la preceptiva y previa autorización de la CNMV (el art. 58.1 c) establece la necesidad de autorización por parte de la CNMV de "*Cambios en la relación de socios con participación significativa y el nombramiento de nuevos administradores y de directores generales o asimilados*") ya que como se indica en la resolución recurrida no es este el motivo de la revocación:

"En cualquier caso y tal y como ya se manifestó en las Consideraciones de la resolución de inicio del procedimiento de revocación, la ausencia en el comportamiento de la PFP de la diligencia y la transparencia exigidas por el artículo 60.1 de la Ley 5/2015 no constituye la causa de la presente revocación, si bien se consideró adecuado citarla entre las consideraciones para dejar constancia informativa de la citada circunstancia."

La total, inicial y mantenida desvinculación de la hoy recurrente con la actividad que motivo su autorización como PFP (la inscripción en el registro de la CNMV se produce el 06/07/2018 y el procedimiento de revocación no se inicia hasta el 04/06/2020, prácticamente dos años más tarde), se pone de manifiesto por su total, inicial y mantenida inactividad en la actividad autorizada y por el hecho de que ni siquiera se ha dotado de personal propio para ello y de una estructura organizativa propia, y, el procedimiento seguido para revocación, en cuanto a su tramitación, le ha supuesto las mismas garantías de plena intervención del interesado, garantías similares a las que las que se derivarían de una caducidad declarada formalmente por la administración acreditando no sólo el transcurso del plazo, sino, sobre todo, la inexistencia de causa que justifique el no uso de la autorización conferida.

El que la Administración pudiera haber acudido a declarar la caducidad de la autorización no implica que no pueda hacer uso de sus facultades revocatorias de la misma cuando es patente el

incumplimiento en las condiciones y lo que ello supone en cuanto a la innecesidad en su concesión y la falta de voluntad en la utilización de la autorización para actuar como PFP en cumplimiento de la finalidad perseguida legalmente con estas plataformas.

En todo caso el recurrente podrá instar nuevamente la actuación autorizante de la Administración con respecto a su actividad como PFP en la supuesta voluntad de pretender actuar en el futuro, efectivamente, como tal PFP.

5.- Costas.- De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

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

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **COMPTES PERKS PFP, S.A** contra la resolución de la CNMV a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al afecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1- 3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

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.