

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 372/2015
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 23 de julio de 2015.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 14 de septiembre de 2017.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente recurso tramitado con el **número 372/2015**, seguido a instancia de **BANCO DE MADRID, S.A.U. (en liquidación)**, quien actúa representada por el procurador D. E.C.G. y defendida por letrado, contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 23 de julio de 2015, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de octubre de 2015 fue presentado escrito por el procurador indicado, en nombre de la Administración Concursal de Banco de Madrid, S.A.U., interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 23 de julio de 2015 por la que se acuerda la baja de BANCO DE MADRID, S.A.U. del registro de depositarios de la CNMV con efectos desde la fecha en que concluya el proceso de su sustitución por otra entidad depositaria de todas las SICAV y SIL que aún no han completado el mismo.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente una vez recibido para que presentara demanda en legal forma. Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare no conforme a derecho la resolución impugnada, y i) Declare la caducidad del procedimiento administrativo en el curso del cual se ha dictado el acuerdo recurrido y el consiguiente archivo de las actuaciones, en los términos recogidos en el cuerpo de la demanda; ii) De forma subsidiaria, para el supuesto en el que no se estime la anterior pretensión, se declare la nulidad del acuerdo recurrido, por las razones vertidas en el cuerpo de este escrito; e iii) Imponga a la Administración demandada las costas del procedimiento

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se inadmitiera el recurso y en su defecto se desestimara la demanda por ser conforme a derecho la resolución impugnada.

CUARTO.- A instancia de la parte actora se fijó la cuantía del proceso en indeterminada, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que tras exponer

los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 12 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Actividad impugnable. Inadmisión.

El recurso contencioso se dirige en origen frente a la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 23 de julio de 2015 por la que se acuerda la baja de BANCO DE MADRID, S.A.U. del registro de depositarios de la CNMV con efectos desde la fecha en que concluya el proceso de su sustitución por otra entidad depositaria de todas las SICAV y SIL que aún no han completado el mismo. No obstante, la demandante advierte que dicha resolución fue impugnada a través de un recurso potestativo de reposición, que resultó inadmitido por extemporáneo mediante resolución de 24 de septiembre de 2015. Esta resolución argumenta lo siguiente, en relación al recurso de reposición:

1.- *“Con fecha 23/07/2015, el Comité Ejecutivo de la CNMV acordó la baja de Banco de Madrid en el registro de depositarios de la CNMV con efectos desde la fecha en que concluyera el proceso de sustitución por otra entidad depositaria de todas las SICAV y SIL que aún no hubieran completado el mismo. Dicha resolución fue notificada a la Administración Concursal de Banco de Madrid con fecha 24/07/2015 como consta en el acuse de recibo de la notificación efectuada”.*

2.- *“Con fecha 26/08/2015, D. P.M.M., D. C.D.A. y D. F.V.V., en nombre y representación, como administración concursal, de Banco de Madrid, formulan Recurso de Reposición contra la Resolución del Comité Ejecutivo de la CNMV de 23 de julio de 2015 referida en el punto anterior”.*

3.- *“Finalmente, con fecha 18/09/2015, la Dirección General de Entidades, departamento de Autorización y Registro de Entidades, remite, a solicitud del Departamento de Asesoría Jurídica, informe acerca del indicado Recurso de Reposición”.*

4.- *“Se trata en el presente caso de un recurso de reposición regulado en los artículos 116 y 117 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; por lo que, en cuanto al plazo para su interposición, es aplicable el artículo 117 de la citada ley que establece que: “el plazo para la interposición del recurso de reposición será de un mes, si el acto fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de 3 meses y se contará, para el solicitante, y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se*

produzca el acto presunto. Transcurridos dichos plazos, únicamente podrá interponerse recurso contencioso-administrativo, sin perjuicio, en su caso, de la procedencia del recurso extraordinario de revisión”.

Tal como consta en los Antecedente 5 y 6 de este escrito, el Acuerdo recurrido fue notificado a los recurrentes el 24/07/2015 y el Recurso de Reposición fue presentado ante la CNMV el 26 de agosto de 2015, por lo que el recurso de reposición se ha de tener por presentado fuera de plazo y, en consecuencia, ha de ser inadmitido”.

Esta resolución es la que ha provocado que la Administración plantee con ocasión de su contestación a la demanda una causa de inadmisión del recurso contencioso-administrativo, conforme a lo establecido en el artículo 116 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y en el artículo 69.1 c) de la LJCA, que contempla la inadmisión del recurso contencioso-administrativo en el caso de “*disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación*”, como sucede en el caso de actos firmes por no haber sido recurridos dentro del plazo de dos meses que con carácter general se establece en el artículo 46.1 de la LJCA.

Pues bien, el relato histórico que define la resolución impugnada permite deducir que, en efecto, el recurso de reposición potestativo se formuló fuera del plazo de un mes, y era inadmisibile como correctamente apreció la Administración (artículo 116 de la Ley 30/1992, entonces vigente), pero ello no obsta para entender que al promoverse el recurso contencioso el 23 de octubre de 2015 este estuviera en plazo. El contencioso debía interponerse dentro de los dos meses contados a partir del día siguiente a la notificación, es decir, a partir del 24 de julio de 2015. El mes de agosto es inhábil a estos efectos (artículo 128.2 LJCA), de ahí que el plazo concluyera el 24 de octubre de 2015, de modo que cuando se promueve el recurso contencioso el 23 de octubre de 2015 se encontraba dentro del plazo de caducidad del artículo 46.1 de la LJCA.

Además, el demandante cumplió con lo preceptuado en el artículo 116.2 de la Ley 30/1992 que dispone que: “*No se podrá interponer recurso contencioso-administrativo hasta que sea resuelto expresamente o se haya producido la desestimación presunta del recurso de reposición interpuesto*”. Con fecha 24 de septiembre de 2015 la CNMV dictó resolución inadmitiendo el recurso de reposición, quedando expedita la vía contenciosa. Por consiguiente, no cabe estimar la causa de inadmisión articulada por la Abogacía del Estado.

SEGUNDO.- Caducidad del procedimiento.

Hemos de entrar a conocer sobre los motivos que hace valer el demandante, principiando por la caducidad del procedimiento. Alega que del expediente se deduce que se ha superado el plazo legal de 3 meses (establecido con carácter general en el artículo 42.3 de la Ley 30/1992) para la sustanciación del procedimiento, toda vez que el procedimiento para la revocación de la autorización se inició el 23 de marzo de 2015, y se resolvió mediante acuerdo de 23 de julio notificado el 24 de julio. Por tanto, fuera del

plazo de 3 meses. Es cierto que el 16 de junio de 2015 se dictó un acuerdo de ampliación del plazo que se prolongó hasta el 10 de agosto de 2015, al amparo del artículo 49 de la Ley 30/1992. Sin embargo, dicho precepto no es aplicable en este caso, ya que se refiere únicamente a los plazos internos del procedimiento.

El referido artículo 49 de la Ley 30/1992 dispone que:

“1. La Administración, salvo precepto en contrario, podrá conceder de oficio o a petición de los interesados, una ampliación de los plazos establecidos, que no exceda de la mitad de los mismos, si las circunstancias lo aconsejan y con ello no se perjudican derechos de tercero. El acuerdo de ampliación deberá ser notificado a los interesados.

2. La ampliación de los plazos por el tiempo máximo permitido se aplicará en todo caso a los procedimientos tramitados por las misiones diplomáticas y oficinas consulares, así como a aquellos que, tramitándose en el interior, exijan cumplimentar algún trámite en el extranjero o en los que intervengan interesados residentes fuera de España.

3. Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate. En ningún caso podrá ser objeto de ampliación un plazo ya vencido. Los acuerdos sobre ampliación de plazos o sobre su denegación no serán susceptibles de recursos”.

El cauce del artículo 49 de la Ley 30/1992 –dice el demandante- abre la posibilidad de ampliar los plazos fijados para evacuar los diversos trámites dentro del procedimiento en su conjunto, pero no a la ampliación del procedimiento como tal, para lo que para lo cual la Ley 30/1992 establece una regla específica en su artículo 42.6:

“Cuando el número de las solicitudes formuladas o las personas afectadas pudieran suponer un incumplimiento del plazo máximo de resolución, el órgano competente para resolver, a propuesta razonada del órgano instructor, o el superior jerárquico del órgano competente para resolver, a propuesta de éste, podrán habilitar los medios personales y materiales para cumplir con el despacho adecuado y en plazo.

Excepcionalmente, podrá acordarse la ampliación del plazo máximo de resolución y notificación mediante motivación clara de las circunstancias concurrentes y sólo una vez agotados todos los medios a disposición posibles.

De acordarse, finalmente, la ampliación del plazo máximo, éste no podrá ser superior al establecido para la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos, que deberá ser notificado a los interesados, no cabrá recurso alguno”.

A juicio de la recurrente la Ley 30/1992 regula de manera específica la ampliación de la duración del procedimiento, que se reviste de severas exigencias y que tiene un carácter excepcional *ex lege*. Precisamente por esta excepcionalidad, por lo complicado que resulta usar válidamente este cauce, en ocasiones las Administraciones emplean como

subterfugio la ampliación a que se refiere el artículo 49 de la Ley 30/1992 para intentar fraudulentamente ampliar el procedimiento en su conjunto. Un práctica proscrita por la Ley 30/1992, como la jurisprudencia en general.

A su vez, el acuerdo de ampliación adolece de un defecto de competencia en tanto que ha sido dictado por el órgano instructor, cuando la competencia corresponde al órgano decisor, conforme dispone el artículo 42.6 de la Ley 30/1992.

La Abogacía del Estado se opone al planteamiento expuesto, por considerar que el acto de suspensión es un acto que se agota en sí mismo, y que en todo caso el acuerdo de ampliación es válido, habiéndose adoptado por órgano competente.

TERCERO.- La tesis que sostiene el demandante ha sido rechazada por el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 11 de mayo de 2017, rec. 1824/2015 o en sentencia de 22 Febrero 2013, rec. 4934/2009. En la primera de ellas sostiene el Tribunal que:

“SEXTO.- Conviene señalar, por otra parte, que la aplicación del artículo 49 puede extenderse también al plazo para resolver, como ha declarado esta Sala en la Sentencia de 21 de diciembre de 2016, cit., que recogiendo lo declarado en nuestra anterior Sentencia de 20 de marzo de 2007 (rec. cont-advn núm. 348/2005), en la que se desestimó un alegato similar al que esgrime la recurrida en casación y recurrente en la instancia, sobre la compatibilidad del art. 49.1 de la LPAC con el art. 42.6 de la misma Ley, concluyó que «[...] tal como propone el Abogado del Estado. No puede aceptarse la interpretación realizada por la actora respecto a que la posibilidad de ampliación de plazos contemplada en el artículo 49 de la Ley 30/1992 no pueda ser aplicada al plazo máximo de duración de un procedimiento. Ni tal exclusión se establece de manera directa y expresa en el precepto señalado (a diferencia de lo que ocurría con anterioridad a la reforma de la Ley operada en 1.999), ni existen razones para deducirla en un análisis sistemático de la Ley. En efecto, la regulación específica para ampliar el plazo máximo de resolución y notificación de un procedimiento en el artículo 42.6 no obsta a la aplicación de la previsión genérica del artículo 49 al mismo supuesto, teniendo ambos preceptos un alcance diferente. Así, las condiciones para la aplicación del supuesto específico del artículo 42.6 son más estrictas y la ampliación puede alcanzar hasta un lapso de tiempo igual al del plazo máximo del procedimiento (artículo 42.6, párrafo tercero); por el contrario, la ampliación posible en aplicación de la previsión genérica del artículo 49 puede ser acordada por el propio órgano instructor y sólo puede llegar hasta la mitad del plazo ampliado (apartado 1)» (FD segundo).

Las razones anteriores nos llevan a declarar que la sentencia recurrida ha vulnerado el art. 49.1 en relación con el art. 54, ambos de la LPAC, y ha de ser casada, al estar suficientemente motivada la ampliación del plazo” (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia 825/2017 de 11 Mayo 2017, Rec. 1824/2015).

A la luz de las anteriores consideraciones, el planteamiento de la actora decae porque los preceptos cuestionados (hoy recogidos en los 23 -“Ampliación del plazo máximo para

resolver y notificar”- y 32 *“Ampliación”*- de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) han sido aplicados correctamente por la CNMV con el fin de ampliar el plazo de resolución del procedimiento, y además se ha adoptado por órgano competente, conforme dispone el Tribunal Supremo.

Frente a lo mantenido por el Alto Tribunal no cabe aceptar la jurisprudencia menor que cita el demandante, ya que a tenor de lo establecido en el artículo 1.6 del Código Civil, la única que nos vincula como tal Jurisprudencia es la fijada de modo reiterado por el Tribunal Supremo, al interpretar y aplicar la Ley.

Por último, cita el recurrente la Sentencia de 15 de febrero de 2013 (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 5ª, Sentencia de 15 de febrero de 2013, rec. 3378/2008), en la que se destaca la excepcionalidad de la facultad de ampliación (artículo 42.6 Ley 30/1992), y la necesidad de justificación motivada de la misma. Pero el supuesto contemplado en el caso enjuiciado no tiene parangón con aquel, en tanto que en la sentencia de 15 de febrero de 2013 la ampliación se acordó desde el inicio del procedimiento, convirtiendo lo excepcional en norma. Por el contrario, en el caso objeto de examen el 16 de junio de 2015 el instructor comunicó al interesado (Administración Concursal) que estando próximo el cumplimiento del plazo general de tres meses fijado en el artículo 42 de la Ley 30/1992, y *“siendo BANCO DE MADRID S.A. EN LIQUIDACIÓN a esta fecha aún entidad depositaria de 80 sociedades de inversión (79 SICAV y 1 SIL), las cuales se encuentran en trámite de adopción por parte de sus órganos de gobierno, bien de la ratificación de CECABANK, S.A. como entidad depositaria, bien de la designación de alguna otra entidad, he acordado, como instructor del procedimiento de referencia, en aplicación del artículo 49 de la citada Ley 30/1992, ampliar hasta el próximo 10 de agosto de 2015 el plazo para su resolución”*.

En este caso, el acuerdo expresa las razones de la decisión de ampliar el plazo, que resultan justificadas en razón de los trámites que debían realizar terceros interesados, a diferencia del supuesto invocado por la demandante en el que la facultad de ampliación se ejercitó sin motivación justificada. El motivo debe decaer.

CUARTO.- Incompetencia del Comité Ejecutivo de la CNMV para la adopción del acuerdo recurrido.

La parte demandante alega en apoyo de este motivo que el acuerdo impugnado fue adoptado por el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sin competencia alguna, toda vez que las competencias del Comité Ejecutivo son, a tenor del artículo 26.1 e) del Real Decreto Legislativo 4/2015 por el que se aprueba la Ley del Mercado de Valores, en materia de autorizaciones las que pueda delegar el Consejo, y el Acuerdo de 11 de marzo de 2015 del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias, dispone en el capítulo tercero apartado 2, en la letra d) de este apartado, en lo que ahora interesa que:

“2. Se delegan en el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las

siguientes facultades: (...)

d) La facultad de adoptar acuerdos de iniciación de expedientes de revocación de autorizaciones en materia de Instituciones de Inversión Colectiva, sus Sociedades Gestoras, Depositarios, Fondos de Titulización Hipotecaria y Fondos de Titulización de Activos y sus Sociedades Gestoras”.

Lo que se delega a favor del Comité Ejecutivo es, a juicio del demandante, la facultad para la incoación del procedimiento de revocación de autorización, y así se explica, en el acuerdo de inicio del expediente (pág. 15 del expediente -según se manifiesta en el propio acuerdo- *en virtud de la delegación de competencias otorgada por el Acuerdo del Consejo de 11 de marzo de 2005*). Pero esta delegación no alcanza a la resolución del procedimiento.

La Abogacía del Estado señala con acierto que estamos en presencia de una medida de intervención, que se adopta en aplicación del artículo 61.2 de la LIIC por la que se acuerda la baja en el registro de depositarios de IIC; y por tanto, lo que se está acordando es la baja en un registro administrativo, que comporta una sustitución del depositario, por lo que la competencia debe encontrarse en el capítulo quinto apartado primero del acuerdo de delegación de competencias.

Debe convenirse con la Abogacía del Estado que el capítulo V Primero del Acuerdo de 11 de marzo de 2015, del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, sobre delegación de competencias (BOE 18 de marzo) – bajo el título *“Delegación de competencias en materia de intervención y sustitución de entidades”* establece que:

“Se delegan en el Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, las facultades de acordar las medidas de intervención y sustitución de entidades supervisadas por la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En los casos de urgencia y cuando no fuese posible constituir válidamente el Comité Ejecutivo, se delega la facultad de acordar dichas medidas en el Presidente y Vicepresidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, indistintamente. En todo caso, el Presidente procederá de manera inmediata a la convocatoria del Consejo con el fin de informar sobre el acuerdo adoptado.

En los mismos términos que los previstos en el párrafo anterior, se delegan en el Comité Ejecutivo:

a) Las medidas de suspensión total y parcial de actividad previstas en la Ley 24/1988, de 28 de julio.

b) La medida a que se refiere la letra j) del artículo 85.2 de la Ley 24/1988, 28 de julio, sin perjuicio de las facultades que el Reglamento de Régimen Interior atribuye a los distintos órganos directivos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

c) La suspensión temporal de las suscripciones y reembolsos en fondos de inversión prevista en el artículo 7.3 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre.

d) *Las medidas de suspensión total y parcial de actividad contempladas en los artículos 51 y 53 de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, y en el artículo 17 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva, aprobado por el Real Decreto 1082/2012, de 13 de julio*”.

A su vez, la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva, dispone en su artículo 53 (“Sustitución”) que:

“1. La sociedad gestora podrá solicitar su sustitución como tal, cuando así lo estime pertinente, mediante escrito presentado a la CNMV por el depositario, la antigua sociedad gestora y por la nueva sociedad gestora, la cual se declarará dispuesta a aceptar tales funciones, interesando la correspondiente autorización. Excepcionalmente, la CNMV podrá autorizar dicha sustitución aun cuando sea solicitada unilateralmente por la sociedad gestora. En ningún caso podrá la sociedad gestora que pretenda ser sustituida renunciar al ejercicio de sus funciones mientras no se hayan cumplido los requisitos y trámites para la designación de su sustituta.

2. El procedimiento concursal de la sociedad gestora no produce de derecho la disolución de la IIC administrada, pero aquella cesará en la gestión del fondo, o en la de los activos de sociedades de inversión y en el resto de las actividades que haya sido autorizada a realizar, iniciándose los trámites para la sustitución de la gestora en la forma y condiciones que se fijen reglamentariamente. La CNMV podrá acordar dicha sustitución aún cuando no sea solicitada por la sociedad gestora.

3. Lo previsto en los apartados anteriores resultará aplicable en las circunstancias previstas en el artículo 72 de esta ley”.

QUINTO.- El Acuerdo impugnado resuelve sobre la *“suspensión de los efectos de la autorización concedida al BANCO DE MADRID SA en liquidación como depositario de instituciones de inversión colectiva e inscripción de baja en el Registro de la CNMV”*. En el referido acuerdo se deja constancia de que BANCO DE MADRID, S.A. se encuentra en situación de concurso y que sus órganos de administración fueron sustituidos, iniciándose el procedimiento de suspensión de la autorización concedida a Banco de Madrid y de sustitución del depositario que pasó a ser CECABANK, S.A. (sin perjuicio de que Banco Madrid, sigue siendo, no obstante, a fecha de la resolución depositaria de 24 sociedades de inversión (23 SICAV y i SIL), encontrándose en trámite de ejecución de los acuerdos por parte de sus órganos de gobierno -ratificación de CECABANK, S.A., como entidad depositaria, o designación de otra entidad depositaria-).

El acuerdo debe contemplarse en el marco de la Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva que prevé específicamente los supuestos de suspensión y sustitución del depositario:

Artículo 61 *Sustitución*

“2. El procedimiento concursal del depositario no produce de derecho la disolución de la

institución cuyos activos custodia, aunque, en dicho supuesto, el depositario cesará en sus funciones, iniciándose los trámites para su sustitución”.

Artículo 63 Suspensión

“La CNMV, en su caso, previo informe del Banco de España, podrá suspender, con carácter total o parcial, los efectos de la autorización concedida a un depositario de IIC. Cuando la suspensión sea parcial afectará a alguna de las IIC respecto de las cuales se ejerce la función de depósito, o a alguna de las funciones previstas en esta ley para los depositarios. En el acto de suspensión se podrán adoptar las medidas cautelares que se estimen pertinentes y, en particular, podrá acordarse el traspaso de los activos y fondos de las IIC de los que fuera el depositario a una tercera entidad habilitada a tal efecto”.

Artículo 64 Supuestos de suspensión

“1. La suspensión a que se refiere el artículo anterior podrá acordarse cuando se dé alguno de los siguientes supuestos:

- a) Apertura de un expediente sancionador por falta grave o muy grave.*
- b) Cuando se incumplan las condiciones previstas en la autorización u otras obligaciones previstas en esta ley.*
- c) En los supuestos de procedimiento concursal o intervención de la entidad.*
- d) Como sanción, según lo previsto en el título VI de esta ley”.*

A tenor de dichos preceptos el depositario cesa en sus funciones por el hecho de la declaración de concurso, y a continuación se abre el proceso de sustitución del depositario y baja en el registro correspondiente. Tal actuación de la CNMV no es sino el resultado de una potestad de intervención, de ahí que de acuerdo con el capítulo V apartado 1 el Comité Ejecutivo gozara de plena competencia en virtud de la delegación, razón por la que el motivo no puede prosperar.

SEXTO.- Normativa concursal y principio de proporcionalidad.

El último motivo que articula el demandante denuncia que el acuerdo recurrido es contrario a la normativa concursal y que no ha observado el principio de proporcionalidad. La demandante pretende poner de relieve que el acuerdo combatido desconoce las disposiciones establecidas en la Ley Concursal, porque la solución promovida por el legislador para proceder a la realización de la masa activa en la fase de liquidación consiste en la enajenación de la empresa o de alguna de sus unidades productivas; pero este objetivo es incompatible con la posibilidad de suspender la actividad empresarial del deudor como consecuencia de la revocación de la autorización administrativa requerida para desarrollar la misma. Considera que el eje del concurso es el plan de liquidación, en el que se ha de incluir como unidad productiva el negocio de depositaría del BANCO DE MADRID, que se construye sobre la premisa de enajenar el negocio de depositaría de instituciones de inversión colectiva. En consecuencia, dice la demandante, era obligado para la Administración cohonestar sus propias exigencias

legales con las que impone a la Administración concursal también nacidas de la Ley. Y por el contrario ha actuado mediante la revocación de la autorización mediante la imposición de consecuencias no impuestas por ley, impidiendo la venta del negocio de depositario y haciendo caso omiso al deber de proporcionalidad que impone el artículo 39.1 bis de la Ley 30/1992.

El motivo carece de todo fundamento, porque las normas legales que disciplinan esta materia prevén expresamente que la declaración de concurso del depositario lleva consigo *“el cese de sus funciones”* y la suspensión de los efectos de la autorización concedida como depositario, iniciándose los trámites para su sustitución (artículos 61.2 y 63 de la Ley 35/2003). Quiere ello decir que la declaración de concurso en este caso lleva aparejada unas medidas especiales de intervención, dentro de las competencias de la CNMV, que impiden la pretensión de venta del llamado negocio de depositaria, precisamente porque las normas legales de carácter tuitivo que rigen esta clase de actividades autorizadas (artículo 59 de la Ley 35/2003) imponen procedimientos especiales en estos casos, destinados a la sustitución del depositario de los fondos de inversión. No puede desconocerse que la Disposición adicional segunda de Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal regula el régimen especial aplicable a entidades de crédito, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, y dispone que: *“1. En los concursos de entidades de crédito o entidades legalmente asimiladas a ellas, empresas de servicios de inversión y entidades aseguradoras, así como entidades miembros de mercados oficiales de valores y entidades participantes en los sistemas de compensación y liquidación de valores, se aplicarán las especialidades que para las situaciones concursales se hallen establecidas en su legislación específica, salvo las 15 relativas a composición, nombramiento y funcionamiento de la administración concursal”*. Y considera en el párrafo segundo *“legislación especial, a los efectos de la aplicación del apartado 1, la regulada en las siguientes normas (...) m) La Ley 35/2003, de 4 de noviembre, de Instituciones de Inversión Colectiva”*. Por tanto, se han aplicado de forma adecuada las normas legales, atendiendo al principio de especialidad, y el motivo ha de desestimarse.

SÉPTIMO.- Costas.

De acuerdo con los anteriores razonamientos el recurso se desestima, con condena en las costas causadas, de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la LJCA, en la redacción dada por Ley 37/2011.

FALLO

DESESTIMAR la causa de inadmisión articulada por la Abogacía del Estado, y el **RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO** promovido por **BANCO DE MADRID, S.A.U. (en liquidación)**, contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 23 de julio de 2015, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de casación que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo depósito para recurrir, en el plazo de en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquella, mediante escrito que deberá justificar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 89.1 de la LJCA.

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