

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE MAYO DE 2011

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recuso nº:** 115/09  
**Ponente:** Dña. Mercedes Pedraz Calvo  
**Acto impugnado:** Resolución del Presidente de la CNMV de 4 de marzo de 2009  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a diecisiete de mayo de dos mil once.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 115/09 que ante esta Sala de lo contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Sr. G.B. en nombre y representación de ACTIVA ASOCIACIÓN PARA LA PROTECCIÓN DE PARTICIPES DE FONDOS DE INVERSIÓN Y DE PENSIONES Y DE LOS ACCIONISTAS DE SOCIEDADES DE INVERSIÓN frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado, contra Resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 4 de marzo de 2009 en materia relativa a suspensión de reembolso de participaciones con una cuantía de 4.023,93 millones de euros, siendo codemandado SANTANDER REAL STATE, S.A., SGIIC representado por el Procurador Sr. C.F.. Ha sido Ponente la Magistrado Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 14 de marzo de 2009. La Sala dictó providencia acordando admitir a trámite el recurso, con reclamación del expediente administrativo y publicación de los anuncios prevenidos en la Ley.

**SEGUNDO.-** En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando:

*"SUPLICO A LA SALA que teniendo por presentado este escrito y los documentos que se acompañan junto con sus copias, y por hechas las manifestaciones y alegaciones que en el mismo contienen:*

*- 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, ejerció 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.”*

**TERCERO.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y con base en los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

La codemandada presentó igualmente su escrito de contestación a la demanda, alegando la concurrencia de una causa de inadmisibilidad del recurso y solicitando en consecuencia se declare inadmisibile y subsidiariamente se desestime.

**CUARTO.-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

Las partes por su orden presentaron sus escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO.-** La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 10 de mayo de 2011, en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Resolución dictada por el Presidente de la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 4 de marzo de 2009 por la que en ejercicio de las facultades delegadas por Acuerdo del Consejo de 24 de octubre de 2007 resuelve:

“Por existir peticiones de reembolso superiores al 10% del patrimonio del fondo SANTANDER BANIF INMOBILIARIO, FII y al carecer este de liquidez suficiente para atenderlas en plazo, a solicitud de SANTANDER REAL ESTATE, S.A., SGIIC como entidad Gestora y de BANCO BANIF, S.A.” como entidad Depositaria, 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) 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 actora en su escrito de demanda, hecho undécimo pág. 15 da cuenta de la resolución de 4 de marzo de 2009 y la reproduce literalmente.

**SEGUNDO.-** Con carácter previo solicita la nulidad de actuaciones con referencia a la situación del expediente en dos aspectos: que no se acordase completarlo y que no se levantase la confidencialidad.

Entre la primera providencia dictada por esta Sala dando traslado del expediente para formalizar la demanda, el 8 de julio de 2009, y la fecha de formalización de la demanda, el día 11 de mayo de 2010, la actora presentó escritos relacionados con la cuestión del expediente administrativo los días 8, 20 y 21 de julio de 2009, los días 20 de enero, 18 de febrero, 25 de marzo y 20 de abril de 2010, recibiendo respuestas de esta Sala en forma de providencias o autos, por lo que este Tribunal considera que ha dado respuesta a tales cuestiones con anterioridad y no procede reexaminarlas en este momento procesal, desestimando la pretendida nulidad de actuaciones.

**TERCERO.-** Se alega por la codemandada la inadmisibilidad del recurso, cuestión que debe examinarse con carácter previo.

En materia de legitimación de asociaciones como la que interpone este recurso, el Tribunal Supremo ha señalado entre otras en la sentencia de 5 de febrero de 2008:

*“La alegación de falta de legitimación de la asociación que recurre el Real Decreto 894/2005 planteada en el proceso por la Administración demandada no puede estimarse. A tenor de lo dispuesto por el art. 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción “están legitimados ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo: ...las asociaciones... que resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos o intereses legítimos colectivos”. Posiblemente sin descender al detalle que seguidamente habremos de alcanzar, este precepto bastaría para justificar la legitimación de la recurrente, por que, evidentemente, dada su naturaleza de asociación constituida para la defensa de los derechos e intereses legítimos de consumidores y usuarios resultaría afectada por el Real Decreto que regula el Consejo de Consumidores y Usuarios.”*

Anteriormente, en la sentencia de 20 de junio de 2006:

*“En aras de una adecuada comprensión del debate casacional y con el fin de delimitar con precisión el «thema decidendi», procede transcribir la argumentación de la sentencia recurrida en el extremo que concierne a rechazar la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo deducida por falta de legitimación de la ASOCIACIÓN xxx, que se justifica por el Tribunal sentenciador en que dicha Asociación tiene atribuida estatutariamente la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por entidades de crédito y por entidades aseguradoras, según se refiere en el fundamento jurídico tercero, en los siguientes términos:*

*«Antes de entrar en el fondo de la cuestión debatida y toda vez que la codemandada niega legitimación de AUSBANC, debe señalarse que como esta Sala ha recogido en su Sentencia de 5 de Febrero de 2003, el Tribunal Supremo en reiteradas resoluciones al tratar de la legitimación en el ámbito de los procedimientos sancionadores ha señalado que no pueden darse normas de carácter general siendo necesario el examen del caso concreto.*

*«Así el Tribunal Supremo en su Sentencia de 30 de Noviembre de 1.998, relativa a la impugnación de Acuerdo de Consejo de Ministros, que culminó el expediente a una entidad bancaria por la comisión de infracciones de la Ley 26/98 señalaba, entre otras cuestiones:*

*«La amplitud con que la jurisprudencia viene interpretando el artículo 28.1 a) de la Ley de la Jurisdicción, por exigencias del artículo 24.1 de la Constitución, y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, no llega hasta el extremo de que no se condicione la apreciación del requisito procesal de la legitimación a la existencia de un interés real. En palabras de este Tribunal Supremo contenidas en reiteradas sentencias que han abordado el tema de la legitimación del denunciante para impugnar jurisdiccionalmente resoluciones administrativas dictadas en procedimientos sancionadores o disciplinarios, es decir, en supuestos que guardan similitud con el que es objeto de este recurso, se ha afirmado que la apreciación de aquel requisito ha de condicionarse al dato o circunstancia de que la respuesta sancionadora que se pretende pueda producir un efecto positivo en la esfera jurídica del denunciante o pueda eliminar una carga o gravamen en esa esfera jurídica.».*

*En ese sentido tiene, pues, razón la actora cuando acredita y justifica su legitimación señalando, que los Estatutos de la Asociación establecen en su art. 2 el siguiente objeto:*

*«La existencia de esta Asociación tiene como fin la defensa de los derechos e intereses legítimos de los usuarios de los servicios prestados por:*

*a) las entidades de crédito y los establecimientos financieros de crédito,*

*b) las empresas de servicios de inversión, las instituciones de inversión colectiva y, en general, cuantas personas o entidades ejerzan, de forma directa o indirecta, actividades relacionadas con los mercados de valores,*

*c) las entidades aseguradoras, y*

*d) cualquier otro tipo de intermediario financiero.*

*Asimismo, tiene como fin la defensa de los derechos e intereses legítimos de los consumidores y usuarios de todo tipo de productos y servicios en general.»*

*Es decir, se trata de una entidad legalmente constituida, que tiene encomendada estatutariamente la defensa de los usuarios de los servicios financieros en general y de los servicios prestados por las entidades aseguradoras, entre otros. Por tanto tiene un interés legítimo en el procedimiento actual en el ámbito de la Defensa de la Competencia, a favor de los consumidores”.*

Resulta en consecuencia que pese a que la recurrente no ha acreditado que entre sus asociados se encuentre algún inversor afectado por la resolución impugnada por ser titular de una participación en el fondo Santander Banif Inmobiliario, con base en la jurisprudencia del Tribunal Supremo parcialmente transcrita debe admitirse la legitimación de la asociación actora y rechazarse la causa de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

**CUARTO.-** 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 cuales 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.-** No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 139. Pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas a ninguna de las partes.

Vistos los preceptos legales citados, y los demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Que debemos ADMITIR Y DESESTIMAR como DESESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "ACTIVA ASOCIACION PARA LA PROTECCIÓN DE PARTICIPES DE FONDOS DE INVERSION 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.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.