

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE DICIEMBRE DE 2009

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

**Recurso nº:** 474/07  
**Ponente:** Don José María del Riego Valledor  
**Acto impugnado:** Acuerdo de la CNMV de 20 de septiembre de 2007  
**Fallo:** Inadmisión del recurso

Madrid, a 23 de diciembre de dos mil nueve.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 474/2007, se tramita, a instancia de la Asociación para la defensa de inversores y clientes, representado por el Procurador Don L.G.B., contra el Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 20 de septiembre de 2007, sobre archivo de denuncia, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte codemandada el "Banco S", representado por el Procurador Don M.L.P., siendo la cuantía del mismo indeterminada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de la Asociación para la defensa de inversores y clientes interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia, mediante escrito presentado el 23 de noviembre de 2007, y la Sala, por providencia de fecha 11 de enero de 2008 acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El 30 de enero de 2008 presentó escrito de personación la representación procesal del "Banco S", y por Diligencia de Ordenación de 7 de abril de 2008 se le tuvo por personado en condición de parte codemandada.

**SEGUNDO.-** Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

Dentro del plazo legal, la Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno. Igualmente en su turno y en plazo contestó a la demanda la parte codemandada, alegando lo que en autos consta.

**TERCERO.-** No se recibió el recurso a prueba y tras los escritos de conclusiones de las partes, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 21 de diciembre de 2009.

**CUARTO.-** En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. JOSE MARIA DEL RIEGO VALLEDOR.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de 20 de septiembre de 2007, de archivo de denuncia.

Son antecedentes fácticos a tener en cuenta en la presente sentencia:

- 1) El día 28 de marzo de 2007 la Asociación para la defensa de inversores y clientes, parte actora en este recurso, presentó un escrito ante la CNMV, en relación con el Plan 106 del "Banco S".
- 2) La CNMV calificó dicho escrito como denuncia y, en escrito de 16 de mayo de 2007, requirió información sobre determinados extremos al "Banco S", que contestó al requerimiento el 14 de junio de 2007.
- 3) A la vista de lo actuado, la Dirección General de Mercados de la CNMV elaboró un informe razonado sobre la denuncia, de fecha 13 de julio de 2007.
- 4) El Comité Ejecutivo de la CNMV acordó, en su sesión de 20 de septiembre de 2007, el archivo de la denuncia. Dicho Acuerdo constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en su demanda: 1) falta de motivación del Acuerdo impugnado, y 2) la única actuación de inspección realizada fue la solicitud de un informe al Banco denunciado, sin que exista un informe emitido por los servicios correspondientes de la CNMV, experto independiente o cualquier organismo para adoptar la resolución de archivo impugnada.

El Abogado del Estado opone falta de legitimación activa suficiente de la recurrente, que sólo tiene un interés difuso de defensa genérica de la legalidad, y subsidiariamente, razona que la pretensión de la demanda de investigación es inconcreta, pues no se puntualiza ni concreta la infracción cometida, ni los hechos que la ocasionarían, además de que el resultado de la investigación muestra que la actuación contable del Banco ha sido correcta, y que en el documento del Servicio Jurídico de la CNMV de elevación de actuaciones consta la fundamentación en derecho del archivo.

La parte codemandada -el "Banco S"- opone: 1) falta de cumplimiento del requisito para la interposición del recurso exigido por el artículo 45.2.d) LJCA, 2) falta de legitimación para recurrir el archivo de la denuncia acordado por la CNMV, 3) la CNMV llevó a cabo actuaciones previas de inspección y comprobación, para concluir que procedía el archivo de la denuncia, y 4) improcedencia de la infracción de falta de motivación.

**TERCERO.-** Tratamos en primer término de la alegación relativa al incumplimiento del requisito para la interposición del recurso exigido por el artículo 45.2.d) LJCA.

El artículo 45.2 letra d) de la LJCA establece que el escrito de interposición debe

acompañarse con:

*d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado.*

La reciente doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, recogida en las sentencias -de Pleno- de 5 de noviembre de 2008 (recurso 4755/2005) y de 23 de julio de 2009 (recurso 3126/2008), distingue entre el poder de representación, que acredita únicamente las facultades del representante procesal, y el documento o documentos que acrediten la decisión de litigar de las personas jurídicas, que es un requisito para la válida constitución de la relación jurídico-procesal.

*Por tanto, tras la Ley de 1998, cualquiera que sea la entidad demandante, ésta debe aportar, bien el documento independiente acreditativo de haberse adoptado el acuerdo de interponer el recurso por el órgano a quien en cada caso compete, o bien el documento que, además de ser acreditativo de la representación con que actúa el compareciente, incorpore o inserte en lo pertinente la justificación de aquel acuerdo.*

*Una cosa es, en efecto, el poder de representación, que sólo acredita y pone de relieve que el representante está facultado para actuar válida y eficazmente en nombre y por cuenta del representado; y otra distinta la decisión de litigar, de ejercitar la acción, que habrá de ser tomada por el órgano de la persona jurídica a quien las normas reguladoras de ésta atribuyan tal facultad. Obvia es la máxima trascendencia que la acreditación de esto último tiene para la válida constitución de la relación jurídico-procesal, pues siendo rogada la justicia en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, lo primero que ha de constatarse es que la persona jurídica interesada ha solicitado realmente la tutela judicial, lo que a su vez precisa que tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, y que lo tome no cualquiera, no cualquier órgano de la misma, sino aquél al que la persona jurídica ha atribuido tal decisión, ya que en otro caso se abre la posibilidad, el riesgo, de iniciación de un litigio no querido, o que jurídicamente no quepa afirmar como querido, por la entidad que figure como recurrente.*

En este caso, la recurrente acompañó su escrito de interposición del recurso con el poder para pleitos del Procurador, pero no con el documento que acredite el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas.

El poder, que fue otorgado en el año 2002, tampoco incorpora o inserta -lógicamente, dada su fecha de otorgamiento- dato alguno del que quepa deducir que el órgano de la asociación, competente para ello, hubiera decidido la interposición del recurso.

**CUARTO.-** En este caso, la parte actora no acompañó su escrito de interposición del recurso con el documento indicado, ni lo hizo posteriormente a lo largo del proceso.

En la contestación a la demanda, la parte codemandada apreció dicho defecto, y lo hizo

constar expresamente como motivo de oposición. De dicho escrito de contestación, se dio traslado a la parte actora, como resulta del proveído de 8 de abril de 2009, y de la diligencia de notificación de 17 de abril de 2009, sin que tampoco en dicho momento, o posteriormente, presentara la parte actora escrito alguno negando que concurriera tal causa de inadmisibilidad, ni se refirió a ella en su escrito de conclusiones, ni aportó ningún documento u otro medio que acreditara que el órgano asociativo facultado para decidir el ejercicio de la acción sí hubiera tomado esta decisión.

El artículo 138.1 LJCA establece:

*1. Cuando se alegue que alguno de los actos de las partes no reúne los requisitos establecidos por la presente Ley, la que se halle en tal supuesto podrá subsanar el defecto u oponer lo que estime pertinente dentro de los diez días siguientes al de la notificación del escrito que contenga la alegación.*

El Tribunal Supremo en la primera de las sentencias citadas, descarta que exista indefensión en un caso similar al de autos, cuando la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad y la parte actora tuvo oportunidad a lo largo del proceso de oponer lo que estimase pertinente:

*Además y por último, una interpretación conforme con la Constitución de los números 1 y 3 de dicho artículo no impone que el órgano jurisdiccional, habiéndose alegado el defecto en el curso del proceso, requiera en todo caso de subsanación antes de dictar sentencia de inadmisión. Alegado el defecto, sólo será exigible el requerimiento previo del órgano jurisdiccional cuando, sin él, pueda generarse la situación de indefensión proscrita en el artículo 24.1 de la Constitución. Situación que debe ser descartada en un supuesto, como lo es el de autos, en el que la parte demandada invocó con claridad la causa de inadmisibilidad que alegaba y en el que la parte actora tuvo ocasión, por brindarla el curso sucesivo del proceso, de oponer lo que estimara pertinente. Tal es también la conclusión que cabe ver, por ejemplo, en la sentencia del Tribunal Constitucional 266/1994, de 3 de octubre.*

Por los argumentos anteriores procede declarar la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo.

**QUINTO.-** Sin perjuicio de lo anterior, y a mayor abundamiento, no pueden compartirse los argumentos de fondo de la demanda, relativos a la falta de motivación del archivo de la denuncia y a la falta de cualquier informe emitido por los servicios correspondientes de la CNMV previo a la adopción del acuerdo de archivo de la denuncia, pues en el expediente obra el Informe razonado de la Dirección de Informes Financieros y Contables de la CNMV de fecha 13 de julio de 2007, (folios 39 y 40), elaborado tras requerir al "Banco S" información sobre determinados extremos y una vez examinada la contestación.

En dicho informe se expresan las razones tenidas en cuenta por la CNMV en su decisión de archivo, que fueron que las cuentas anuales del "Banco S" de los ejercicios 2005 y 2006 fueron auditadas, sin que en el informe de auditoría conste salvedad alguna, y que en dichas cuentas constaba el reconocimiento contable del gasto correspondiente al

Plan de Opciones 106, a que se refiere la denuncia, por el que se imputaba 19,2 millones de euros en cada ejercicio, que tal reconocimiento contable fue correcto y que tales importes asociados al plan no pueden considerarse materiales al estar muy por debajo de los límites de importancia relativa establecidos por el Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas (del 5% al 10% del resultado antes de impuestos y del 3% al 5% de los recursos propios), pues representan el 0,21% y el 0,24% de los resultados antes de impuestos y el 0,05% y el 0,08% de los recursos propios.

En todo caso, en su demanda la parte actora no aporta, frente a la decisión de archivo de la denuncia por la CNMV que impugna, ningún dato o indicio, y ni siquiera una indicación de cualquier clase, sobre los extremos o apartados de la contabilidad en los que el Banco denunciado hubiera incurrido en cualquier infracción.

**SEXTO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

## **FALLAMOS**

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

INADMITIR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de la Asociación para la defensa de inversores y clientes contra el Acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 20 de septiembre de 2007.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 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.