

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE MAYO DE 2010

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

**Recurso nº:** 292/06  
**Ponente:** Don José Mª del Riego Valledor  
**Acto impugnado:** Acuerdo de Comité Ejecutivo de la CNMV de 11 de mayo de 2006  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veinte de mayo de dos mil diez.

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 292/2006, se tramita, a instancia de PICHILEMU SICAV, S.A., representada por el Procurador Don F.P.R., contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 11 de mayo de 2006, de archivo de denuncia, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y en el que han intervenido como parte codemandada el Banco de Sabadell, S.A. y Bansabadell Inversión SGIIIC, S.A., representados por la Procuradora Dña. B.G.P., siendo indeterminada la cuantía del recurso.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** La representación procesal de PICHILEMU SICAV, S.A. interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 17 de julio de 2006, y la Sala, por providencia de fecha 5 de octubre de 2006, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

La representación procesal del Banco de Sabadell, S.A. y Bansabadell Inversión SGIIIC, S.A., presentó el 17 de noviembre de 2006 escrito de personación en autos, y por diligencia de ordenación del Secretario, de 12 de enero de 2007, se le tuvo por personada 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. A su vez la parte codemandada contestó también a la demanda, con las alegaciones que constan en su escrito.

**TERCERO.-** Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 11 de mayo de 2010.

**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 11 de mayo de 2006, de archivo de la denuncia presentada por Don A.G.E en representación de PICHILEMU SICAV, S.A., contra el Banco de Sabadell, S.A. y otras personas y entidades.

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

- 1) PICHILEMU SICAV, S.A., entidad actora en estos autos se constituyó el 30 de junio de 2003, siendo GesAtlántico SGIC, S.A. su entidad gestora y el Banco Atlántico su banco depositario, si bien desde el año 2004, al haber absorbido el Banco de Sabadell, S.A. al Banco Atlántico, se convirtió en la entidad depositaria y Bansabadell Inversión SGIC, S.A. pasó a ser la nueva entidad gestora.
- 2) El 31 de enero de 2006 Don A.G.E, Presidente del Consejo de Administración de PICHILEMU SICAV, S.A., actuando en su representación, presentó un escrito ante la CNMV, poniendo de manifiesto diversas actuaciones del Banco de Sabadell, S.A., Bansabadell Inversión, SGIC, S.A. y otras entidades y personas, relativas al contrato de renting de un vehículo, la formulación de las cuentas anuales de 2004, la remisión a la CNMV de informes trimestrales del 1º, 2º y 3º trimestres de 2005 y la negativa a la prestación de los servicios de Secretaría del Consejo.
- 3) Tras su presentación, el anterior escrito fue calificado por la CNMV como denuncia, y tras la emisión de un Informe razonado, de fecha 18 de abril de 2006, de la Dirección General de Entidades, Dirección de Supervisión, el Comité Ejecutivo de la CNMV acordó el 11 de mayo de 2006 el archivo de dicha denuncia.

Este Acuerdo de archivo constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en el Fundamento de Derecho Único de su demanda que el comportamiento de la CNMV, en el tratamiento y archivo de la denuncia, supone una infracción de los artículos 9.1 y 9.3 de la Constitución, 13, 14 y 98 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores y 3, 41, 54, 58, 62, 63 y 78 de Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, porque la CNMV se ha apartado en el tratamiento de la denuncia de los principios rectores de su actividad obrando sin objetividad, eludiendo el servicio a los intereses de los administrados e inversores.

El Abogado del Estado opone la falta de legitimación activa del recurrente y, en cuanto al fondo, que los hechos denunciados no son lo suficientemente relevantes como para iniciar un expediente sancionador.

La representación de Banco de Sabadell, S.A. y Bansabadell Inversión, SGIC, S.A., parte codemandada, alega la falta de legitimación activa de la recurrente y en cuanto al fondo, la corrección de la actuación de la CNMV.

**TERCERO.**-Tratamos en primer término de la falta de legitimación activa de la parte actora, opuesta tanto por el Abogado del Estado como por la parte codemandada.

Es conocida la evolución que ha experimentado el concepto de legitimación, en la que fue un paso más la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, y el propio Tribunal Supremo ha utilizado el término "*hipertrofia*" para referirse al desarrollo de este concepto, en sentencias de 11 y 18 de marzo de 2000 (recursos 124/1999 y 135/1999).

Este interés legítimo se presenta en nuestra jurisprudencia con un sello distintivo que permite reconocer su existencia y amparar el ejercicio de la acción fundada en él, consistente en que con el ejercicio de la acción se obtenga -o se pueda obtener- un beneficio. Este beneficio, que comenzó siendo económico, ha ido experimentando, a la par que el mismo concepto de legitimación, una ampliación progresiva, admitiéndose en la actualidad, como encaminados a obtener un beneficio, la defensa de intereses morales o de vecindad, o puramente de carrera o profesionales. Los límites hoy de este desarrollo de la legitimación se encuentran en que no se considera interés legítimo el mero interés por la legalidad.

No obstante, debe añadirse que el problema de la legitimación tiene un carácter casuístico, lo que no permite una respuesta indiferenciada para todos los casos, siendo preciso examinar en cada uno de ellos el concreto interés legítimo que justifique la legitimación, incumbiendo su alegación y prueba a quien se lo arroge.

En este mismo sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 11 de abril de 2006 (recurso de casación 3543/2003), indica que: *"...en el ámbito de los procedimientos sancionadores no es posible dar normas de carácter general en relación con la legitimación, sino que hay que atender al examen de cada caso. Así, si bien no existe legitimación para pretender en abstracto la imposición de una sanción y, por tanto, para incoar un expediente sancionador, no puede excluirse que en determinados asuntos el solicitante pueda resultar beneficiado en sus derechos o intereses como consecuencia de la apertura de un expediente sancionador (reconocimiento de daños, derecho a indemnizaciones), lo que le otorgaría legitimación para solicitar una determinada actuación inspectora o sancionadora (en este sentido, Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -recurso directo 101/2004 -)..."*

En el caso que nos ocupa, no se ha justificado en forma alguna por la recurrente, y menos aún se ha probado, siquiera indiciariamente, qué beneficio podría obtener, o qué perjuicio podría evitar, con la apertura del expediente sancionador al Banco de Sabadell, S.A. y demás entidades y personas denunciadas.

La parte actora ha conocido, tras el traslado de las copias de las contestaciones del Abogado del Estado y de la parte codemandada, que dichas partes alegaron el defecto de su falta de legitimación activa, pero no obstante, no ha propuesto en el período probatorio diligencia alguna para acreditar su interés legítimo, ni ha ofrecido tampoco en el escrito de conclusiones ninguna explicación respecto de en qué consiste ese interés legitimador que las partes codemandadas niegan.

Debe estimarse la excepción de falta de legitimación activa opuesta por las partes

codemandadas, pues tras el silencio y falta de prueba de la parte actora sobre este punto, la Sala no puede suponer o presumir la incidencia o afectación del acto administrativo impugnado en la esfera del recurrente, en los términos requeridos para el reconocimiento de su legitimación en este recurso.

**CUARTO.-** A mayor abundamiento, y sin perjuicio de la falta de legitimación activa apreciada, debe indicarse que de lo actuado en este recurso se sigue que los hechos denunciados no tienen suficiente relevancia para determinar la incoación de un expediente sancionador, y por tanto debe reputarse de procedente la actuación de la CNMV que así lo decidió, archivando la denuncia.

Como resulta del Informe elaborado por la Dirección General de Entidades, Dirección de Supervisión, que no ha sido desvirtuado por la prueba practicada en este recurso, un vehículo no puede considerarse un bien mueble indispensable para el ejercicio de la actividad de inversión que desarrolla la recurrente, ni tampoco es un activo apto para la inversión por una SICAV, no obstante lo cual, el importe de las cuotas pagadas en concepto de renting del vehículo, de julio a diciembre, y después devueltas a la SICAV, suponen un 0,35% del patrimonio, por lo que cabe apreciar que se trata de una inversión de carácter ocasional y aislado, que ha sido corregida sin impacto patrimonial.

La formulación de las cuentas anuales es responsabilidad de la sociedad recurrente, incumbiendo a la entidad gestora la elaboración y puesta a disposición de las cuentas. Consta en el expediente administrativo que Bansabadell Inversión, SGIC, S.A., hizo llegar por conducto notarial a Don A.G.E, Presidente del Consejo de Administración de PICHILEMU, SICAV, S.A., comunicaciones de fechas 8 y 21 de septiembre de 2005, reiterando otras anteriores, sobre requerimientos de la CNMV por la falta de presentación de información correspondiente a 2004, recordándole las obligaciones de los administradores de las SICAV al respecto (folios 86 a 111 del expediente).

Consta también en el expediente que por el mismo conducto notarial Bansabadell Inversión, SGIC, S.A. remitió a Don A.G.E escrito de 4 de octubre de 2005, acompañado de tres ejemplares de las cuentas anuales de 2004 e informe de gestión (folios 120 a 186 del expediente). Pero lo anterior no quiere decir que fuera esa la fecha en que Bansabadell Inversión, SGIC, S.A. puso a disposición de PICHILEMU SICAV, S.A. las cuentas anuales de 2004, porque como explica la parte codemandada en su escrito de conclusiones, el funcionamiento normal de una entidad gestora no implica dejar constancia documental de la puesta a disposición de las SICAV de las cuentas anuales, cuya formulación corresponde a los respectivos Consejos de Administración, sino que únicamente en casos anormales se acude a la comunicación con acuse de recibo o, incluso, por conducto notarial como ocurrió en este caso.

Según razona de forma motivada el Informe antes citado de la Dirección General de Entidades, Dirección de Supervisión, de la CNMV, los informes trimestrales remitidos por la sociedad gestora a la CNMV, correspondientes a los 3 primeros trimestres de 2005, contenían información errónea, al expresar el nombre del auditor Ernst & Young y que la auditoría correspondiente a 2004 había sido favorable, cuando según la Circular que regula el contenido de los informes trimestrales, debía hacerse indicación únicamente del nombre del auditor, pero no del contenido del informe de auditoría, si bien

considera la CNMV que tal información errónea tuvo un carácter meramente ocasional o aislado, por lo que no consideró que fuera constitutiva de infracción, sin que la entidad recurrente haya aportado argumentos ni elementos que desvirtúen dicha conclusión.

Finalmente, en cuanto a la negativa a la prestación de servicios de Secretaria del Consejo, consta en el expediente que doña E., Secretaria del Consejo de Administración de PICHILEMU SICAV, S.A., que ya había comunicado por carta de 24 de mayo de 2005 a Don A.G.E., remitida por conducto notarial, la falta de formalización de las cuentas anuales por la falta de firma de los miembros del Consejo (folios 58 a 65 del expediente), renunció a su cargo de Secretaria del Consejo en la reunión mantenida el 10 de octubre de 2005 con el citado Presidente del Consejo de Administración (folios 116, 117 y 194 del expediente), sin que sea equiparable esa renuncia al desempeño de un cargo, que entra dentro de la esfera de las decisiones que legítimamente puede adoptar el Secretario de un Consejo de Administración, con la negativa a prestar servicios que denuncia el recurrente.

**QUINTO.-** 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:

DECLARAR LA INADMISIBILIDAD por falta de legitimación activa del recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de PICHILEMU SICAV, S.A., contra el Acuerdo del Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 11 de mayo de 2006.

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.