

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 31 DE MAYO DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 465/2011
Ponente: D.ª Mercedes Pedraz Calvo
Acto Impugnado: Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 9 de junio de 2011
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta y uno de mayo de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 465/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido NORAM INVERSIONES 2000, SICAV, S.A. y en su nombre y representación la Procuradora Sra. L.P., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 9 de junio de 2011, relativa a composición accionarial de una SICAV y siendo la cuantía del presente recurso indeterminada. Ha sido Ponente la Magistrado D.ª Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución indicada por medio de escrito presentado el día 16 de septiembre de 2011.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO- Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda. La actora presentó escrito, en el cual, con fundamento en los hechos y fundamentos jurídicos que deja expuestos terminó suplicando la estimación del recurso, y la anulación del acto administrativo impugnado.

TERCERO- El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma con fundamento en los hechos y alegaciones jurídicas que deja expuestos, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

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 respectivos 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 29 de mayo de 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores el día 9 de junio de 2011, con la siguiente parte dispositiva:

"Revocar y cancelar la inscripción en el Registro administrativo de la CNMV de NORAM INVERSIONES 2000 SICAV S.A. (inscrita en el correspondiente registro de la CNMV con el núm. 1690) al haber incumplido el número de accionistas mínimo exigido en el artículo 6 del Reglamento de Instituciones de Inversión Colectiva de la ley 35/2003 de 4 de noviembre aprobado por el Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre y haber transcurrido el plazo de un año previsto en los artículos 13.1 de la citada Ley y 16.1 de su Reglamento, sin haber procedido a su reconstitución permanente".

SEGUNDO- Los hechos que se encuentran en el origen del presente recurso son los siguientes:

- NORAM INVERSIONES 2000, SICAV S.A. se inscribió el día 20 de abril de 2001 con el núm. 1690 en el Registro de Sociedades des Inversión de la CNMV, encomendándose la gestión de sus activos a la gestora LA CAIXA GESTION DE ACTIVOS SGIIC S.A.

- El día 6 de junio de 2003 se inscribe la delegación de la gestión de los activos extranjeros de la sociedad en Morgan Stanley, revocándose el 16 de enero de 2009.

- El día 17 de octubre de 2008 se inscribe de oficio la sustitución de gestora como consecuencia de la absorción de LA CAIXA GESTION DE ACTIVOS SGIIC S.A. por INVERCAIXA GESTION S.A. SGIIC.

- El día 16 de enero de 2009 se inscribe en el Registro administrativo la sustitución de la sociedad gestora, a favor de INVERSIS GESTION S.A. SGIIC.

- El Departamento de Supervisión de ICC y ECR informó al Departamento de Autorización y Registros de Entidades que la actora durante un año había incumplido la obligación de tener un número mínimo de socios.

En concreto, el número de accionistas mensual fue el siguiente:

- noviembre 2009, 92
- diciembre 2009, 100
- enero 2010, 97
- febrero 2010, 102
- marzo 2010, 101
- abril 2010, 100
- mayo 2010, 100
- junio 2010, 96

- julio 2010, 100
- agosto 2010, 104
- septiembre 2010, 101
- octubre 2010, 98
- noviembre 2010, 98.

Es decir, a lo largo de doce meses durante cinco tuvo menos de cien accionistas.

TERCERO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue:

- La actora admite expresamente que el número de accionistas de la entidad fue precisamente el recogido en el fundamento jurídico anterior, y señalado por la CNMV en la resolución impugnada.

- Teniendo en cuenta las cotitularidades, el número de accionistas reales es superior a cien salvo en tres meses:

- noviembre 2009, 92 reportados, 94 reales por cotitularidad
- diciembre 2009, 100 reportados, 102 reales por cotitularidad
- enero 2010, 97 reportados, 99 reales por cotitularidad
- febrero 2010, 102 reportados, 104 reales por cotitularidad
- marzo 2010, 101 reportados, 103 reales por cotitularidad
- abril 2010, 100 reportados, 102 reales por cotitularidad
- mayo 2010, 100 reportados, 102 reales por cotitularidad
- junio 2010, 96 reportados, 98 reales por cotitularidad
- julio 2010, 100 reportados, 102 reales por cotitularidad
- agosto 2010, 104 reportados, 106 reales por cotitularidad
- septiembre 2010, 101 reportados, 103 reales por cotitularidad
- octubre 2010, 98 reportados, 100 reales por cotitularidad
- noviembre 2010, 98 reportados, 100 reales por cotitularidad
- diciembre 2010, 106 reportados, 100 reales por cotitularidad
- enero 2011, 105 reportados, 107 reales por cotitularidad
- febrero 2011, 100 reportados, 101 reales por cotitularidad

- El día 16 de diciembre de 2011 la SICAV ha vuelto a obtener su inscripción como tal en el Registro de la CNMV, inscripción que le fue otorgada de oficio. Durante seis meses dejó de disfrutar del régimen fiscal especial previsto para estas Sociedades en la Ley del Impuesto sobre Sociedades.

- La interpretación de la norma de aplicación que hace la CNMV es excesivamente rígida, debiendo realizarse una interpretación sistemática de la norma relacionando este precepto con el art. 13.2 LIIC que establece que la autorización concedida a una sociedad de inversión podrá ser suspendida *"a) cuando se infrinjan de manera grave o sistemática las disposiciones previstas en esta Ley o en el resto de normas reguladoras de las sociedades de inversión"*. Al no haber grave y sistemáticamente un número de accionistas inferior a 100, pues la cifra mas baja es 92, y el resto de meses en que no llega a 100 el número es de 96 no es grave, y si

considerásemos 16 meses en lugar de 12 el incumplimiento es aún menor, y por tanto no sistemático.

- Es contrario a la seguridad jurídica la consideración del mes de noviembre como inicio del cómputo de plazo para el número de accionistas.

- Ha habido un cambio de criterio en la interpretación de la norma. Y ello porque anteriormente la CNMV retiraba la condición de SICAV cuando se *"ha mantenido durante un periodo superior a 12 meses un número de accionistas por debajo del número legalmente exigido"*. El cambio de criterio se produjo en una comunicación de 24 de marzo de 2010 según la cual el plazo de un año se contaría desde el primer mes en que hubiera menos de 100 accionistas. Considera que no pueden computarse meses anteriores al cambio de criterio de la CNMV.

- El art. 106 de la Ley 30/1992 establece que no podrá ejercer la Administración facultades de revisión cuando el ejercicio de su derecho resulte contrario a la equidad, la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes, y en este caso, cuando hizo uso de su facultad de revocación la SICAV ya tenía 100 socios.

- La SICAV realizó una comunicación errónea de accionistas, al no tener en cuenta las cotitularidades de algunas acciones de NORAM: *"todo cotitular que además se encuentra inscrito como accionista de la sociedad, es per se accionista y no medio accionista de la sociedad"*.

- Las circunstancias del mercado permiten un descenso de los accionistas mínimos establecidos por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 35/2003.

- En otros países de la Unión Europea no se exige que el número de accionistas sea superior a cien.

El Abogado del Estado, por su parte, alega que el número de accionistas, según dispone el art. 16.1 del RIIC en desarrollo del pfo. 2º del art. 13.1 LIIC, el número de accionistas mínimo, no podrá descender de cien, y en el plazo de un año la sociedad deberá llevar a cabo la reconstitución permanente del número de accionistas o bien decidir su disolución o renuncia a la autorización concedida.

Si NORAM en noviembre de 2009 no tenía 100 accionistas, lo que la norma exige es que en diciembre reconstituya el número, y lo hizo, pero en enero de 2010 volvió a no cumplirlo, ni en junio, ni en octubre ni en noviembre, por lo que el acto administrativo es conforme a derecho cuando dice que transcurrido un año no había tenido lugar la reconstitución permanente del número mínimo de accionistas que subía o bajaba de un mes para otro.

Señala que no ha habido permanencia sino variabilidad reiterada, la versión de la actora equivale a sostener que solo se perderá la condición de SICAV cuando durante doce meses seguidos no tiene al menos 100 accionistas, y la norma lo que pretende es que permanentemente haya un mínimo de 100 socios.

CUARTO- En primer lugar es preciso recordar cual es la normativa de aplicación:

- El artículo 6 pfo 3 del Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, aprobado por Real Decreto 1309/2005 de 4 de noviembre establece que el número de accionistas de una sociedad de inversión no será inferior a 100.

- El artículo 16.1 del referido Reglamento que desarrolla el pfo. 2 del art. 13.1.a) de la Ley de Instituciones de Inversión Colectiva establece que, cuando por circunstancias del mercado o por el obligado cumplimiento de la ley o de las prescripciones del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas "el número de accionistas de una sociedad de inversión, descendieran de los mínimos establecidos en el Reglamento de Inversiones de Inversión Colectiva, dichas sociedades gozarán del plazo de un año durante el cual podrán continuar operando como tales.

Dentro de dicho plazo deberán bien llevar a efecto la reconstitución permanente del número de accionistas, bien decidir su disolución, o bien, renunciar a la autorización concedida y solicitar la exclusión del registro administrativo correspondiente, con las consiguientes modificaciones estatutarias y de su actividad. Transcurrido el plazo de un año, se cancelará la inscripción en los registros administrativos, si dicha inscripción subsistiera, salvo que se hubiera producido en dicho plazo la reconstitución del número de accionistas".

El texto pone claramente de manifiesto cuando se empieza a contar el año: cuando el número de accionistas descienda de los mínimos establecidos, es decir, en este caso, en el mes de noviembre de 2009, con 92 accionistas.

En segundo lugar, como recuerda la Administración, no se ha producido ningún cambio de criterio interpretativo de la CNMV, pues como resulta del expediente administrativo, siempre ha venido entendiendo que no basta con que al mes siguiente recompusiera en cien el número de accionistas, sino que debe mantener tal numero reconstituido durante un año al menos. Así se recogía en la comunicación que INVERCO realizó (que no la CNMV) a sus asociados.

En consecuencia, se constata en noviembre de 2009 el incumplimiento, empieza el cómputo del plazo de un año para que tenga lugar la reconstitución PERMANENTE.

La Sala comparte la interpretación que ha hecho del precepto reproducido más arriba la Administración: una vez constatado el incumplimiento, la sociedad dispone de un año, hasta noviembre de 2010, para reconstituir el número mínimo de accionistas de manera permanente, de modo que se mantenga la discutida "reconstitución". En el supuesto enjuiciado, no solo no tuvo el número mínimo de accionistas durante cinco de los doce meses, sino que cumplido el año no los tenía, y con este fundamento no puede entenderse que, como alega la recurrente, la interpretación de la norma de aplicación que hace la CNMV sea excesivamente rígida: la ley establece una obligación, y cuando se incumpla no anuda la consecuencia automática de pérdida de la condición de SICAV, sino que permite la oportunidad de reconstituir el número mínimo de socios, condicionando la permanencia en la condición de SICAV al carácter de permanente de dicha reconstitución. Ahora bien: la introducción en el precepto de aplicación del adjetivo "permanente" obliga a no dar por válida cualquier reconstitución que se lleve a cabo dentro del plazo de un año, desde luego no una reconstitución puntual, y si una reconstitución que revele permanencia.

Finalmente, continuando con el examen del primer grupo de motivos de impugnación, se alega por la actora la infracción del art. 106 de la ley 30/1992: debe confirmarse la no aplicabilidad a este supuesto concreto del precepto traído a colación por la recurrente que alega la CNMV, por no tratarse en este caso de un procedimiento de revisión de actos administrativos.

En efecto, el art. 106 forma parte del Título VII *"De la revisión de actos en vía administrativa"* Capítulo I *"Revisión de oficio"* art. 106 *"Límites de la revisión"* y en este caso no está llevando a cabo la CNMV una declaración de nulidad de un acto administrativo, sino que está aplicando la Ley 35/2003 y la concreta previsión que establece que deberá cancelar la inscripción de una SICAV en el supuesto de incumplimiento de la obligación de contar con un número mínimo de socios en las circunstancias debatidas.

En cualquier caso, la CNMV esta obligada por la Ley 35/2003 a actuar frente a una comprobada situación. Si una SICAV no tiene un número mínimo de 100 socios y no recompone permanentemente durante un año dicho número, tiene que actuar cancelando su inscripción. El ejercicio de esta obligación no se aprecia sea contrario a la equidad o a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes. La Administración finalizado el año, esperó otros cuatro meses para iniciar el expediente de revocación, lo que por un lado constituye un plazo razonable, y por otro, se encuentra condicionado por el hecho de que la CNMV recibe la información un mes después de cada periodo a tomar en cuenta, y debe contrastar dicha información y valorarla.

Cuando efectivamente se han cumplido las condiciones impuestas por la ley, la CNMV ha inscrito nuevamente a la SICAV en el Registro administrativo correspondiente, con el pleno restablecimiento de las ventajas fiscales o de otro orden que dicha inscripción conlleva.

QUINTO- Se alega a continuación que la propia SICAV realizó una comunicación errónea de accionistas, al no tener en cuenta las cotitularidades de algunas acciones de NORAM: *"todo cotitular que además se encuentra inscrito como accionista de la sociedad, es per se accionista y no medio accionista de la sociedad"*.

La Ley de Sociedades de Capital establece:

- art. 90 *"Participaciones sociales y acciones. Las participaciones sociales en la sociedad de responsabilidad limitada y las acciones en la sociedad anónima son partes alícuotas, indivisibles y acumulables del capital social."*

- art. 126 *"Copropiedad de participaciones sociales o de acciones. En caso de copropiedad sobre una o varias participaciones o acciones, los copropietarios habrán de designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio, y responderán solidariamente frente a la sociedad de cuantas obligaciones se deriven de esta condición. La misma regla se aplicará a los demás supuestos de cotitularidad de derechos sobre participaciones o acciones."*

Es decir: las acciones son partes alícuotas indivisibles y los copropietarios de una acción deberán designar una sola persona para el ejercicio de los derechos de socio.

Y como recuerda la Administración, en la Circular 3/2008 de 11 de septiembre de la CNMV sobre normas contables, cuentas anuales y estados de información reservada de las instituciones de inversión colectiva, que se aprobó a fin de adaptar el régimen contable de las instituciones de inversión colectiva, tanto financieras como inmobiliarias al Plan General de Contabilidad aprobado por el R.D. 1514/2007, se señala que los cotitulares de una cuenta se consideran un único partícipe.

Se alega que las circunstancias del mercado permiten un descenso de los accionistas mínimos establecidos por aplicación de lo dispuesto en el art. 13.1 de la Ley 35/2003. Aun dando por válido que efectivamente las circunstancias del mercado justifiquen el descenso, es en el propio precepto que las menciona que se exige la reconstitución del número de accionistas. Por otra parte, no consta que se hayan explicitado exactamente qué circunstancias son las que han originado el descenso del número mínimo de accionistas en los meses indicados.

En cuanto a las exigencias de otros países, no puede constituirse en excusa absoluta, pues obviamente la CNMV está obligada por la ley española que claramente determina un número mínimo de cien accionistas.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

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 Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de NORAM INVERSIONES 2000 SICAV, S.A. contra la Resolución dictada el día 9 de junio de 2011 por la Comisión Nacional del Mercado de Valores 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 nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.