

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE ABRIL DE 2012

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 159/2011

Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena

Acto Impugnado: Resolución de la CNMV de 24 de febrero de 2011 que confirma en reposición otra del mismo Organismo de fecha 21 de diciembre de 2010.

Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinticinco de abril de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido don J.R.G.; don M.R.M.; don F.H.M.; don M.Z.L.; Caja de Ahorros Municipal de Burgos; Constructora San José, S.A.; Grupo Empresarial San José, S.A.; Parquesol, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.L.A., 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 24 de febrero de 2011, siendo la cuantía del presente recurso 10.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por don J.R.G. y otros, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.L.A., 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 24 de febrero de 2011, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de 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.

TERCERO: Habiéndose solicitado recibimiento a prueba, tenidos por unidos los documentos y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veinticuatro de abril de dos mil doce.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 24 de febrero de 2011, por la que se confirma la sanción impuesta a los recurrentes, de 10.000 euros de multa a cada uno por la comisión de la infracción prevista en el artículo 81 del Real Decreto Legislativo 1564/1989.

La infracción viene referida a la asistencia financiera para adquisición de acciones propias.

SEGUNDO: Veamos en primer lugar las normas de aplicación para después analizar las argumentaciones actoras.

El artículo 81 del real decreto Legislativo 1564/1989 establece:

“1. La sociedad no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de acciones de su sociedad dominante por un tercero.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de sus acciones o de acciones de una sociedad del grupo.

3. La prohibición del apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos u otras entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufragen con cargo a bienes libres de la sociedad. Esta deberá establecer en el patrimonio neto del balance una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo.”

El artículo 89 del mismo Texto:

“1. Se reputará infracción el incumplimiento de las obligaciones o la vulneración de las prohibiciones establecidas en la presente Sección.

2. Las infracciones anteriores se sancionarán con multa por importe de hasta el valor nominal de las acciones suscritas, adquiridas por la sociedad o por un tercero con asistencia financiera, o aceptadas en garantía o, en su caso, las no enajenadas o amortizadas.

Para la graduación de la multa se atenderá a la entidad de la infracción, así como a los perjuicios ocasionados a la sociedad, a los accionistas de la misma, y a terceros.

3. Se reputarán como responsables de la infracción a los administradores de la sociedad infractora y, en su caso, a los de la sociedad dominante que hayan inducido a cometer la infracción. Se considerarán como administradores no sólo a los miembros del Consejo de administración, sino también a los directivos o personas con poder de representación de la sociedad infractora. La responsabilidad se exigirá conforme a los criterios previstos en los artículos 127 y 133 de la presente Ley.

4. Las infracciones y las sanciones contenidas en el presente artículo prescribirán a los tres años, computándose de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 132 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

5. La competencia para la iniciación, instrucción y resolución de los expedientes sancionadores resultantes de lo dispuesto en la presente Sección se atribuye a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. En el caso de que el expediente sancionador recayera sobre los administradores de una entidad de crédito o de una entidad aseguradora, o sobre los

administradores de una entidad integrada en un grupo consolidable de entidades financieras sujeto a la supervisión del Banco de España o de la Dirección General de Seguros, la Comisión Nacional del Mercado de Valores comunicará a las mencionadas entidades supervisoras la apertura del expediente, las cuales deberán también informar con carácter previo a la resolución.”

Por su parte el Real Decreto Legislativo 1/2010, establece en su artículo 150:

“Asistencia financiera para la adquisición de acciones propias y de participaciones o acciones de la sociedad dominante.

1. La sociedad anónima no podrá anticipar fondos, conceder préstamos, prestar garantías ni facilitar ningún tipo de asistencia financiera para la adquisición de sus acciones o de participaciones o acciones de su sociedad dominante por un tercero.

2. La prohibición establecida en el apartado anterior no se aplicará a los negocios dirigidos a facilitar al personal de la empresa la adquisición de las acciones de la propia sociedad o de participaciones o acciones de cualquier otra sociedad perteneciente al mismo grupo.

3. La prohibición establecida en el apartado primero no se aplicará a las operaciones efectuadas por bancos y demás entidades de crédito en el ámbito de las operaciones ordinarias propias de su objeto social que se sufragen con cargo a bienes libres de la sociedad.

En el patrimonio neto del balance, la sociedad deberá establecer una reserva equivalente al importe de los créditos anotados en el activo.”

TERCERO: El argumento central de la actora lo es que la asistencia se prestó en el seno de un proceso de fusión y venta de autocartera, y de ello deduce que no es aplicable las disposiciones anteriores dado el especial proceso.

Hemos de señalar, desde ahora, que la Ley 3/2009 no excluye la fusión de la prohibición de asistencia financiera.

Dicho esto, hemos de recordar lo afirmado por esta Sala en sentencia de veinticinco de septiembre de dos mil ocho, recurso 254/2007:

“QUINTO.- El artículo 40.5 de la LSRL establece que la sociedad de responsabilidad limitada no podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantía, ni facilitar asistencia financiera para la adquisición de sus propias participaciones o de las acciones o participaciones emitidas por sociedad del grupo al que la sociedad pertenezca.

Los requisitos de la prohibición de asistencia financiera que establece el artículo 40.5 LSRL son: 1) una operación o negocio de financiación de la sociedad a favor de un tercero, 2) un negocio de adquisición de las propias participaciones o de las acciones o participaciones de una sociedad del grupo al que pertenezca la sociedad que facilitó la financiación, y 3) un vínculo o nexo causal entre los dos negocios, de modo que la operación de financiación haya sido motivo determinante del negocio de adquisición.”

Pues bien, en lo esencial, la operación que dio origen a la infracción es la siguiente: el 15 de junio de 2009 se remitió a la CNMV un hecho relevante, por el cual ha sido adquirido por un tercero el 20,25% de las acciones de Parquesol, por 50.001.137,42 euros, con aplazamiento de pago, sin intereses de aplazamiento y con garantía. El precio pactado fue inferior al del mercado en los días próximos a la operación.

El requisito de la financiación se cumple, en cuanto se aplaza el pago sin intereses, siendo el precio de venta inferior al de mercado; también concurre el segundo requisito relativo a la adquisición de acciones propias; así como el nexo causal, ya que, con independencia de la finalidad remota de la fusión proyectada, la financiación tiene como finalidad inmediata la adquisición de las acciones propias, y por tanto existe nexo causal entre la financiación y la adquisición.

De los fundamentos expuestos resulta la desestimación del presente recurso.

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 29/1998 en su redacción anterior a la Ley 37/2011 –disposición transitoria novena -.

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

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por don J.R.G.; don M.R.M.; don F.H.M.; don M.Z.L; Caja de Ahorros Municipal de Burgos; Constructora San José, S.A.; Grupo Empresarial San José, S.A.; Parquesol, y en su nombre y representación el Procurador Sr. don J.L.A., 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 24 de febrero de 2011, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.