

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE JULIO DE 2014

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

**Recurso nº.:** 8/2013  
**Ponente:** D. Javier Eugenio López Candela  
**Acto impugnado:** Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de noviembre de 2012.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veinticuatro de julio de dos mil catorce.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 8/13, seguido a instancia de **D. J.I.R.F.**, representado por la Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. D.S.M., con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. Ha intervenido, en condición de codemandada, FUNESPAÑA S.A, representada por la Procuradora de los Tribunales M.R.G., y siendo defendida por el letrado D. N.G.D. El recurso versó sobre impugnación del acuerdo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 15 de noviembre de 2.012 que aprueba e inscribe en los registros oficiales de dicho organismo como hecho relevante nº177018 la nota sobre las acciones y el resumen relativas a ampliación de capital. La cuantía se fijó en indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado Don Javier Eugenio López Candela. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 15 de noviembre de 2.012 que aprueba e inscribe en los registros oficiales de dicho organismo como hecho relevante nº 177018 la nota sobre las acciones y el resumen relativas a ampliación de capital cuyo contenido es el siguiente:

*“En el día de hoy, ha quedado aprobada e inscrita en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (“CNMV”) la nota sobre las acciones y el resumen relativos a la ampliación de capital mediante aportación dineraria, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente y por un importe total de 50.089.991 euros, mediante la emisión y puesta en circulación de 7.155.713 acciones ordinarias (la “Ampliación de Capital”). Dicha Ampliación de Capital fue acordada por el Consejo de Administración de la Sociedad el día 8 de noviembre de 2012 y comunicada mediante hecho relevante con número 176.639 de registro.*

*La nota sobre las acciones y el resumen relativos a la Ampliación de Capital, junto con el documento de registro ya registrado por la CNMV en fecha 15 de diciembre de 2011, componen el folleto informativo de la mencionada Ampliación de Capital.*

*El folleto informativo de la Ampliación de Capital está a disposición del público en el domicilio social de Funespaña y, en formato electrónico, en las páginas web de la Sociedad ([www.funespana.es](http://www.funespana.es)) y de la CNMV ([www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)).*

*El periodo de suscripción preferente tendrá una duración de quince días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del anuncio del Aumento de Capital en el Boletín Oficial del Registro Mercantil...”*

**SEGUNDO.-** Recibido el expediente administrativo formalizó el actor escrito de demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida.

**TERCERO.-** La Procuradora de los Tribunales D<sup>a</sup>. M.R.G., en la representación que ostenta, contestó a la demanda en nombre de FUNESPAÑA, oponiéndose al recurso e interesando la confirmación de la resolución impugnada.

**CUARTO.-** Practicada la prueba declarada pertinente por auto de fecha 9 de septiembre de 2.013, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

**QUINTO.-** Señalado el 8 de abril de 2.014 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en tal fecha, continuando su deliberación en fecha 24 de abril de 2.014, dictándose la providencia de 25 de abril por la que quedó sin efecto dicho señalamiento, acordándose su señalamiento conjunto con el recurso 140/2013 en el plazo más breve posible.

**SEXTO.-** En fecha 7 de mayo de 2.014 se acordó el señalamiento del presente recurso conjuntamente con el 140/2013 para el día 1 de julio de 2.014. El actor interpuso el 7 de mayo de 2.014 recurso de reposición contra la providencia de 25 de abril, del que se dio traslado a las partes codemandadas, estando suspendido la tramitación del recurso hasta la resolución del incidente de recusación contra la lltma Presidente de esta Sección, que concluyó por auto de fecha 24 de junio de 2.014 que acuerda la inadmisión del mismo. Dicho recurso fue desestimado por el auto de 4 de julio de 2.014. El recurrente impugnó dicha decisión de la que se dio traslado a las partes demandadas.

**SÉPTIMO.-** El señalamiento para votación y fallo del recurso dio origen al auto de 1 de julio, suspendiéndose el plazo para dictar sentencia hasta que en el recurso 140/2013 se confiriese el trámite de alegaciones por parte de FUNESPAÑA, la cual se personó en dicho recurso.

**OCTAVO.-** Una vez cumplimentado dicho trámite en el recurso 140/2013, y desestimado el recurso de reposición contra el auto de 4 de julio de 2.004 por auto de fecha 22 de julio de 2.014, vistos ambos procedimientos, quedó para resolver el presente recurso contencioso-administrativo.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Resolución de fecha 15 de noviembre de 2012, dictada por la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) que aprueba e inscribe en los registros oficiales de dicho organismo como hecho relevante nº 177018 la nota sobre las acciones y el resumen relativas a ampliación de capital cuyo contenido es el siguiente:

*“En el día de hoy, ha quedado aprobada e inscrita en los registros oficiales de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (“CNMV”) la nota sobre las acciones y el resumen relativos a la ampliación de capital mediante aportación dineraria, con reconocimiento del derecho de suscripción preferente y por un importe total de 50.089.991 euros, mediante la emisión y puesta en circulación de 7.155.713 acciones ordinarias (la “Ampliación de Capital”). Dicha Ampliación de Capital fue acordada por el Consejo de Administración de la Sociedad el día 8 de noviembre de 2012 y comunicada mediante hecho relevante con número 176.639 de registro.*

*La nota sobre las acciones y el resumen relativos a la Ampliación de Capital, junto con el documento de registro ya registrado por la CNMV en fecha 15 de diciembre de 2011, componen el folleto informativo de la mencionada Ampliación de Capital.*

*El folleto informativo de la Ampliación de Capital está a disposición del público en el domicilio social de Funespaña y, en formato electrónico, en las páginas web de la Sociedad ([www.funespana.es](http://www.funespana.es)) y de la CNMV ([www.cnmv.es](http://www.cnmv.es)).*

*El periodo de suscripción preferente tendrá una duración de quince días naturales contados a partir del día siguiente al de la publicación del anuncio del Aumento de Capital en el Boletín Oficial del Registro Mercantil...”*

**SEGUNDO.-** Son hechos acreditados en autos que constan documentalmente en el expediente administrativo, o ya son recogidos en la sentencia de esta Sala de 12 de marzo de 2014, dictada en el recurso 190/2012 que:

1. La CNC autorizó la concentración derivada del contrato de accionistas entre Mapfre y Gesmap, el 27 de julio de 2011, y la Fusión de ambas entidades, fue inscrita en el Registro Mercantil de Madrid el 24-11-2011, y en el de Almería el 30 de noviembre de 2011.
2. El recurrente no firmó los acuerdos de 31 de mayo de 2011 y cuenta con el 18,81% del capital de Funespaña, siendo el mayor destinatario de la OPA presentada por Mapfre el 14 de diciembre de 2011.
3. El Consejo de la CNMV, mediante resolución de fecha 27 de marzo de 2012 adoptó el siguiente acuerdo:

*“Autorizar la oferta pública de adquisición obligatoria sobre Fuenespaña SA, presentada por Mapfre Familiar, Compañía de Seguros y Reaseguros SA, el día 14 de diciembre de 2011 y admitida a trámite el 22 de diciembre de 2011, al entender ajustados sus términos a las normas vigentes y considerar suficiente el contenido del folleto explicativo presentado, tras las últimas informaciones registradas con fecha 23 de marzo de 2012.*

*La oferta se dirige a la adquisición del 100% del capital social de Fuenespaña SA, compuesto por 14.311.427 acciones admitidas a negociación en las Bolsas de Valores de Madrid y Barcelona e integradas en el Sistema de Interconexión Bursátil Español. Se encuentran inmovilizadas hasta la finalización de la oferta 9.479.743 acciones representativas del 66,24% del capital social y de los derechos de voto, que son del oferente y de otros accionistas concertados con él. Por tanto, la oferta se extiende de modo efectivo a la adquisición de 4.831.684 acciones de Fuenespaña SA, representativas del 33,76% del capital social y de los derechos de voto.*

*El precio de la oferta es de 7 euros por acción y ha sido fijado por el oferente de acuerdo con lo dispuesto sobre precio equitativo en el Real Decreto 1066/2007, de 27 de julio, sobre el régimen de las ofertas públicas de adquisición de valores.”*

4. El actor interpuso recurso contencioso-administrativo contra dicho acuerdo de la CNMV, que fue desestimado por sentencia de esta Sección de 12 de marzo de 2014.
5. El mencionado folleto informativo indicaba en el folio 43 *“MAPFRE FAMILIAR tiene intención de presentar una propuesta al Consejo de Administración de FUNESPAÑA para la realización de una ampliación de capital mediante aportación dineraria con derecho de suscripción preferente a favor de los accionistas de la sociedad afectada, por un importe de 25.045.000 euros y destinada a reducir el endeudamiento.*

*Dicha ampliación se llevaría a cabo mediante la emisión de una acción nueva d 0,30 euros d valor unitario por cada 4 antiguas, y se adoptarían los correspondientes acuerdos de ampliación de capital en un plazo máximo de 6 meses desde el fin de la oferta (...).”*

Y más adelante añade:

*“Está previsto que MAPFRE FAMILIAR asegure la ampliación de capital dineraria en su totalidad, es decir, hasta el citado importe de 25.045.000 euros, mediante la suscripción y desembolso de todas las acciones de FUNESPAÑA que se emitan y no sean suscritas por los restantes accionistas de FUNESPAÑA (...).”*

6. En fecha 20 de septiembre de 2012 se registró en la CNMV escrito de D. I.E.R., como mandatario de FUNESPAÑA, aportando dos copias de la nota de valores relativa a la ampliación de capital de FUNESPAÑA S.A.
7. En fecha 8 de noviembre de 2012 FUNESPAÑA notifica el hecho relevante por el que se anuncia una ampliación de capital, con desembolso efectivo de 50.089.991 euros, aumentando el capital en 2.146.713,90 euros, con una prima de emisión de

47.943.277,10 euros, y emitiendo 7.155.713 acciones. MAPFRE asegura suscribir 3.912.391 acciones, es decir 27.386.737 euros.

El 14 de noviembre de 2.012 presenta D. Á.V., Consejero Delegado de FUNESPAÑA S.A., solicitud de registro de la nota sobre las acciones de la ampliación de capital de FUNESPAÑA S.A, aportando certificación del acuerdo social de 8 de noviembre de 2.012 del Consejo de Administración con firmas legitimadas, en virtud de la autorización concedida por Junta de accionistas en fecha 27 de junio de 2.012, sin que conste el sello de entrada en la CNMV.

8. El actor presentó escrito de fecha 12 de noviembre de 2.012 interesando la incoación de expediente administrativo para el cumplimiento por parte de MAPFRE de los compromisos asumidos en el folleto de la OPA de 23 de marzo de 2.012, además de solicitar ser parte e interesado en el expediente de ampliación de capital según fue aclarado después.
9. En fecha 15 de noviembre de 2.012 se dictó el acuerdo impugnado en autos.
10. En fecha 12 de diciembre de 2012 se inscribe la escritura en el Registro Mercantil.

**TERCERO.-** Examinando los motivos expuestos por el actor conforme a un orden lógico, la primera de las cuestiones que plantea la recurrente es la relativa a la falta de existencia de expediente que haya servido para la dicción del acto impugnado, así como del trámite de audiencia necesario al no haber sido oído el actor, lo que supone una infracción de los artículos 31.1 b) y c) y 84 de la Ley 30/1992, dada la posición singular del recurrente, que cuenta con el 18,81% del capital social de Fuenespaña.

Este motivo se desarrolla en las siguientes irregularidades que alega el actor y que considera que son motivos de anulación de la resolución impugnada.

- A. En primer lugar ninguna objeción cabe hacer al hecho de que el escrito de 20 de septiembre de 2.012 de D. I.E.R. como mandatario de FUNESPAÑA no estuviese acompañado del poder de FUNESPAÑA, pues es un hecho claro que FUNESPAÑA ha ratificado lo actuado por dicho mandatario, como se deduce del escrito de contestación y del escrito de 14 de noviembre de 2.012.
- B. Es cierto que el escrito de 14 de noviembre de 2.012 no fue sellado en la CNMV, pero ello carece de eficacia invalidante si la propia CNMV acepta el contenido del escrito y resuelve conforme a lo interesado por dicha sociedad.
- C. En cuanto a la falta de constancia en el expediente de las actuaciones preparatorias, borradores o conversaciones entre FUNESPAÑA y los técnicos de la CNMV para determinar el contenido de la nota informativa lo cierto es que tales borradores no son esenciales para la determinación del contenido del acto objeto de impugnación en este recurso, pues no son antecedentes imprescindibles del mismo.

- D. La falta de unión al expediente del escrito de 12 de noviembre de 2.012 no resulta relevante, como luego veremos, si tampoco debe formar del expediente, y ha dado origen al recurso 140/2013.
- E. El hecho de no haber aportado al escrito de 28 de septiembre de 2.012 la nota de la ampliación, tampoco resulta relevante, toda vez que finalmente fue recogida en la resolución recurrida, sin que la demandada impugne su contenido.
- F. Tampoco era necesario informe alguno sobre la suficiencia de los acuerdos adoptados; no obstante, el acuerdo impugnado contiene la firma de los diferentes órganos de la CNMV que han ratificado el acuerdo como son del informe jurídico y el de Dirección de Mercados, junto con la del Presidente.

En consecuencia nos encontramos con la existencia de un procedimiento que se han tramitado de forma sencilla y breve recogido en DVD, dada la limitada cognición del mismo y la inexistencia de la necesidad de practicar otro tipo de diligencias o trámites, lo que conlleva el perecimiento del mencionado motivo.

**CUARTO.-** En relación con el motivo antes expuesto debemos examinar, por su íntima relación con el mismo el relativo a la omisión del trámite de audiencia del actor. En la sentencia de fecha 12 de marzo de 2.014 antes citada indicábamos que *"el TS se ha pronunciado con reiteración sobre la naturaleza singular de las características del procedimiento a seguir en los supuestos vinculados a la tramitación de las OPAS, y en este sentido puede citarse la STS de 21 de marzo de 2013, recurso de casación nº 5418/2009, en la que se indica que: "en la sentencia de esta Sala de 23 de mayo de 2005 (RC 2414/2002), cuya fundamentación jurídica reprodujimos en la sentencia de 25 de noviembre de 2008 (RC 1931/2006), en relación con las facultades de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, respecto de los procedimientos de ofertas públicas de adquisición de acciones, dijimos:*

*«El ejercicio de las competencias que se atribuyen a la Comisión Nacional del Mercado de Valores en materia de supervisión y ordenación del mercado de valores y, singularmente, en las autorizaciones de ofertas públicas de adquisición y venta de valores a que se refieren los artículos 60 y 61 de la Ley del Mercado de Valores, y de exclusión de la negociación de un valor del mercado a que se refiere el artículo 34 de la referida Ley, exige la institucionalización de un procedimiento, cuya regulación la propia Ley reserva a las disposiciones que la desarrollen, que debe inspirarse en la preservación de los principios de agilidad y flexibilidad, requeridos para salvaguardar eficientemente los intereses económicos y financieros afectados, así como en el principio de seguridad jurídica, de modo que se asegure la tutela de los legítimos intereses de los tenedores o titulares de valores, que autorice a que la propia Comisión Nacional del Mercado de Valores conserve facultades de ordenación y dirección del procedimiento.*

*La propia configuración jurídica de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, como un Ente de derecho público con personalidad jurídica propia, que debe calificarse de Administración independiente, requiere que su actuación se formalice a través de procedimientos que faciliten el ejercicio de sus poderes, funciones y competencias encomendadas conforme a criterios de racionalidad económica y seguridad jurídica, que*

*permitan conjugar, con ponderación y equilibrio, los diferentes intereses públicos y privados concurrentes, con el objeto de garantizar la transparencia del mercado de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores, y haciendo cumplir las normas de conducta de derecho necesarias que se imponen a todos los intervinientes en la actividad bursátil.»*

*La consecuencia que la referida jurisprudencia extrae respecto de la aplicación supletoria de la Ley 30/1992 en materia de procedimiento, a la vista de lo dispuesto en el artículo 14.2 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV) y más en concreto respecto del respeto del derecho de participación activa de aquellos que defiendan sus intereses en el procedimiento, es la de que no cabe una aplicación mimética o literal de los preceptos de la mencionada Ley de procedimiento común. Esta posición se justifica dadas las particularidades del régimen bursátil, que goza de su propia normativa procedimental para estos supuestos, concretada en el RD 1197/1991 de 26 de julio, hoy sustituido por el RD 1066/2007 de 27 de julio. Estas normas son compatibles con los principios procedimentales recogidos en el artículo 105 CE, en el artículo 14 de la LMV y en la Ley 30/1992, por lo que debe calificarse de ajustada a derecho la práctica de la CNMV consistente en admitir y examinar los escritos de alegaciones formulados por el interesado, excluyendo de esta forma la violación procedimental invocada. Se justifica esta forma de proceder por la singular rapidez y flexibilidad con la que deben resolverse este tipo de procedimientos, sin que ello suponga menoscabar el derecho de los accionistas afectados por la OPA, en orden a comunicar a la CNMV sus planteamientos al respecto. La puesta de manifiesto del expediente, garantía ciertamente establecida en el artículo 84 de la Ley 30/1992 y distinta del simple derecho de audiencia, no es aplicable al presente caso pues su práctica introduciría un menoscabo al principio de eficacia y celeridad en la tramitación del expediente, al tener que dar acceso a toda la documentación a una multiplicidad de interesados. Las garantías del derecho de audiencia previa se estiman, en estas circunstancias, suficientes para hacer efectos los derechos de tutela de los accionistas.*

*Este razonamiento está confirmado y aplicado en el presente caso, como refleja el folio 790 del expediente, mediante una carta enviada por la CNMV al recurrente en fecha 30 de enero de 2012, en la que negándole la puesta de manifiesto del expediente, se le considera interesado en el procedimiento y se tienen por formuladas las alegaciones por él formuladas. Por otra parte, ninguna incidencia tiene en el presente caso la modificación del artículo 90 de la LMV por el RD 10/2012, y no 12/12 como indica el recurrente, pues el nuevo artículo 90.4 LMV se limita a dar carta de naturaleza a una obligación preexistente para la CNMV, como es la de poner a disposición de la autoridad judicial los documentos necesarios para la resolución de los recursos interpuestos, lo que, como resulta indubitado, incluye también aquellos que son calificados como secretos.*

*La recurrente se ha limitado a realizar una descalificación vaga y genérica, sobre las limitaciones de acceso al expediente, pero no ha sido capaz de concretar a lo largo de todo el procedimiento, en qué medida un documento calificado como confidencial o secreto en el expediente y del que no ha tenido vista, haya sido empleado por la CNMV para justificar la resolución objeto de recurso. Tampoco ha establecido un vínculo razonable y al menos indiciariamente creíble, entre la documentación calificada como confidencial y la necesidad de acceder a ella para poder impugnar, de una manera eficaz, la resolución recurrida. De todas las alegaciones del recurrente en relación a este motivo, resta una por analizar y es la*



*que se refiere a la, en su opinión, excesiva duración del procedimiento de aprobación de la OPA, lo que vendría a determinar la inaplicación de la doctrina de la STS de 23 de mayo de 2005. Dado que, como razonamos en el siguiente fundamento jurídico, no compartimos los presupuestos temporales de los que parte el recurrente, debemos concluir que el procedimiento se tramitó en los plazos previstos y razonables, respetando en todo momento la CNMV las reglas establecidas al efecto, por lo que con remisión a estos razonamientos, debemos concluir que la doctrina del TS referida, resulta plenamente aplicable, lo que nos conduce a desestimar este primer motivo de recurso.”*

Esta doctrina, válida para el procedimiento en materia de autorización de OPAS es extensible al acuerdo presente de registro de la ampliación de capital practicado, toda vez que responde a una misma razón de decidir, de modo que una puesta de manifiesto del expediente a todos los accionistas dificultaría en exceso las facultades de resolución de la CNMV dada la celeridad y agilidad que han de regir estos procedimientos ( STS de 10.5.2005, recurso 2414/2002, Fj 5º, o 19.3.2013, recurso 5418/2009, FJ 3º).

Lo cierto es que el presente caso el trámite de audiencia no puede considerarse necesario, en la medida en que el escrito de 12 de noviembre de 2012 que cita y aporta la actora iba más bien encaminado a la iniciación de un procedimiento nuevo, el cual ha dado origen al procedimiento 140/13. Y aunque se solicitaba en dicho escrito ser tenido por interesado tampoco se exigía expresamente trámite alguno de audiencia. Y en cuanto al escrito de 22 de noviembre de ese mismo año, recordatorio del anterior, ha de decirse que es posterior a la resolución impugnada, no obstante admitamos que no resulta acertado el argumento expuesto por las partes demandadas en el sentido de que se puede cumplimentar el trámite de audiencia simplemente con la indicación de que las alegaciones se tienen por hechas o que no es necesario hacer ningún pronunciamiento sobre ese particular (oficios de 12 y 19 de febrero de 2.013), pues tal trámite de audiencia requiere dar respuesta concreta a unas alegaciones formuladas. No obstante, como hemos indicado el actor no formuló las mencionadas alegaciones, según se deduce del mencionado escrito de 12 de noviembre de 2012, que hubieran de ser necesariamente respondidas con carácter previo al acuerdo de inscripción de la ampliación de capital, sino que tan sólo se limita a exigir la apertura de un procedimiento y ser considerado interesado, sin añadir más.

Por otro lado también hemos de admitir además de que de haberse practicado dicho trámite tampoco hubiere sido distinta la resolución final adoptada, toda vez que la invocación de los mencionados incumplimientos de los compromisos del folleto, tanto en cuanto al plazo que debía tener lugar la ampliación de capital – que según el actor vencía el 23 de octubre de 2.012, computado desde la fecha de pago a los accionistas que acuden a la OPA- como en lo relativo a la cuantía de dicha ampliación deben ser examinados precisamente en otra vía de impugnación, como la que corresponde para los acuerdos societarios en la vía civil, además de que en todo caso, serían imputables a MAPFRE, y no a FUNESPAÑA S.A., como indican las codemandadas. En este sentido se puede afirmar que es ajena a la competencia de la CNMV la valoración sobre el cumplimiento de los mencionados compromisos, siquiera al socaire del artículo 13 de la Ley del mercado de valores, el cual no alcanza a aquellas cuestiones que conforme a la legislación mercantil exigen determinadas mayorías para su impugnación, pues son fiscalizables ante los tribunales del orden civil. En esta misma línea se expresa la STS de

9.10.2008, recurso 529/2006, indicando que la competencia de la CNMV alcanza a la verificación de los aspectos formales del acuerdo y la suficiencia de la información facilitada por el inversor, así como de aquellas infracciones del ordenamiento que perjudiquen al inversor, pero no a la *“mayor o menor acomodación (de los acuerdos mercantiles) a cualquiera de los preceptos de la Ley de Sociedades Anónimas”*.

Y ello en línea con la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2008, recurso 529/2006, que revocaba la sentencia de esta Sala y consideraba que la inscripción de un folleto informativo de aumento de capital no constituye un acto de trámite, pues en todo caso dicha sentencia exige que para que pueda ejercer la CNMV sus competencias es precisa una grave infracción del ordenamiento jurídico en relación con la normativa en materia de mercado del mercado de valores, lo cual no ha sido acreditado por la recurrente.

**QUINTO.-** También invoca el actor la infracción de los artículos 4 y 5 del RD 1310/2005, de 5 de noviembre, del Real Decreto-Ley 10/2012, y los Reglamentos de la CE 809/2004 de 2 de abril y 486/2012 de 30 de marzo de la Comisión Europea sobre los requisitos esenciales de la información que ha de conferirse en una ampliación de capital. E igualmente se invoca el art.24 del RD 1310/2005; mas lo cierto es que, con independencia de los precedentes judiciales de esta Sala mencionados por el recurrente, éste sólo ha concretado como datos que debieron ser objeto de publicación en dicha nota de ampliación de capital el incumplimiento de los compromisos del folleto y la pendencia del recurso 190/2012. Lo cierto es que no era necesario lo primero, en la medida en que ello presupone hacer supuesto de la cuestión, pues tal como hemos indicado no es examinable esta cuestión en la presente vía. Y en cuanto a lo segundo consta en la página 70 de la nota, además de que la CNMV dispone de una página en la que los interesados pueden tener conocimiento de los hechos relevantes, no habiéndose producido la vulneración de los preceptos invocados.

**SEXTO.-** Igualmente alude el actor a la infracción del art. 10 del Real Decreto 1066/2007 que exige un informe de experto para la exclusión de las acciones de Funespaña de cotización de las bolsas de valores, tal como prevé la página 47 del folleto de 27.3.2012. Pero debe decirse que este compromiso a cumplir en seis meses derivaba de la necesidad de que el mantenimiento en bolsa de las acciones requiriese adoptar medidas y no pudiesen iniciarse en el plazo de seis meses siguientes a la liquidación de la oferta, siendo así que no se ha acreditado en autos tal supuesto que condicione el mencionado informe, y menos aún a la fecha del acto impugnado.

En la misma línea invoca la actora la existencia de una vía de hecho y de desviación de poder, conforme al art.63.2 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre del PAC, toda vez que la CNMV no se ha ajustado al cumplimiento de los fines que justifican su actuación. Ello debe unirse a las alegaciones relativas al perjuicio causado por tener impedido el derecho de suscripción preferente, así como la intención de dispar su condición de accionista minoritario.

Es igualmente conocida la Jurisprudencia del Tribunal Supremo que requiere que para que exista desviación de poder, debe haber al menos, una prueba indiciaria sobre su concurrencia. Y en este sentido el actor no aporta tales indicios que justifiquen que la CNMV no ha seguido con el acuerdo impugnado los fines que exige el ordenamiento jurídico. Y lo cierto es que el acuerdo de ampliación de capital ha perseguido reducir el endeudamiento de FUNESPAÑA S.A, tal como expresa el mismo, sin que se haya vulnerado la doctrina de la STC de 16 de julio de 1997 o el art.5 de la Directiva 2004/25 o el art.44 del RD 1310/2005 que menciona el actor sobre protección del inversor.

Y en cuanto a la sentencia de esta Sala de fecha 4 de diciembre de 2012, recurso 106/2012, que cita el recurrente ha de decirse que no se refiere exactamente al mismo acto impugnado que el ahora examinado, pero en todo caso, en esa sentencia se pone de relieve que el incumplimiento de los compromisos no era fiscalizable en ese recurso contencioso-administrativo.

Y respecto de la invocación de existencia de una vía de hecho tampoco podemos entender que concurren los presupuestos para su existencia, es decir una actuación ejecutiva realizada por órgano incompetente y fuera del procedimiento establecido (art.101 de la Ley 30/92 del PAC), cuando ya hemos indicado que tal cauce procedimental, aunque breve y de cognición limitada se abrió y ha permitido al recurrente su impugnación en la presente vía judicial.

En consecuencia procede la desestimación del presente recurso contencioso administrativo y la confirmación de la resolución administrativa impugnada en autos.

**SÉPTIMO.-** De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, al haberse desestimado el presente recurso contencioso-administrativo debe imponerse las costas procesales a la parte recurrente.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## **FALLAMOS**

**La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección Sexta, ha decidido:**

**1º. DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora Sra. D.S.M. contra la resolución impugnada en autos y expresada en el fundamento de derecho primero que confirmamos por ser conforme a derecho.

**2º.** Condenar a la parte recurrente al pago de las costas procesales.

Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.