

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 30 DE JULIO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 140/2013
Ponente: D. Santiago Pablo Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Inactividad de la CNMV.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a treinta de julio de dos mil catorce.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 140/13, seguido a instancia de D. J.I.R.F., representado por el Procurador de los Tribunales D^a. D.S.M., con asistencia letrada, y como Administración demandada la CNMV, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de la inactividad de la CNMV, la cuantía se estimó indeterminada, e intervino como ponente el Magistrado D. Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada es necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1. Mapfre Familiar (Mapfre), asumió en el folleto de la OPA anunciada el 30 de noviembre de 2011, cuatro compromisos firmes que fueron aprobados por el Consejo de la CNMV el 27 de marzo de 2012:
 - En los seis meses siguientes a la presentación de la OPA: ampliación del capital (25 millones de euros) y realizar otros actos destinados a dotar de liquidez a la acción o presentar informe justificando la negativa. Vencido el plazo máximo de seis meses desde la liquidación de la OPA, Mapfre, en claro incumplimiento, amplía el capital en 50 millones de euros,
 - Mapfre se comprometió a suscribir a 7 euros la acción, los 25 millones de euros de la ampliación de capital. No obstante, Mapfre suscribe 27,5 millones de euros, en perjuicio de los accionistas que no acudieron a la OPA, confiados en los compromisos de Mapfre.
 - Mapfre se comprometió, en todo caso y no ha cumplido, a presentar dentro de los seis meses siguientes a la ampliación de la OPA, un informe de valoración realizado conforme a lo dispuesto en el artículo 10 del RD 1066/2007, para excluir las acciones de Funespaña de la Bolsa.
2. Denuncia que la CNMV no ha iniciado la tramitación del expediente para exigir a Mapfre que cumpla con sus compromisos. La CNMV responde que no es de su competencia dirimir discordias entre particulares (Informe de la Directora de la Asesoría Jurídica, de 26 de abril de 2013). El recurrente es accionista de Funespaña SA, con una participación del 14,81% del capital social.

3. Mediante escrito de 12 de noviembre de 2012, solicitó a la CNMV que ejerciera sus competencias e iniciara expediente correspondiente, ante el incumplimiento por parte de Mapfre de sus compromisos. Afirma no haber pedido a la CNMV que imponga al oferente el cumplimiento de obligaciones derivadas de relaciones privadas.

SEGUNDO:- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la falta de actividad de la CNMV denunciada, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho. La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

- 1º. Obligación de la CNMV de tramitar y de resolver el expediente cuya incoación se solicitó el 12 de noviembre de 2012:

- Invoca el artículo 13 de la LMV, que impone a la CNMV, la protección de los inversores y la promoción de cuanta información sea necesaria para el cumplimiento de los fines de la CNMV. Esta norma efectúa un reenvío a la Ley 30/1992.
- La obligación de resolver de la CNMV se funda en: el artículo 42 Ley 30/1992, incumplido por la carta de un Director General de la CNMV de 18 de febrero de 2013, que solo informa de la situación, sin tener además dicho DG la competencia para resolver la cuestión planteada, pues ésta es del Consejo.
- Plazo máximo para resolver: 6 meses, plazo máximo para resolver en un procedimiento.

- 2º. Carácter reglado de la aprobación el 27 de marzo de 2012 por el Consejo de la CNMV de la OPA de Mapfre. Incumplimiento por Mapfre de las obligaciones asumidas en el folleto de la OPA y aplicación del artículo 34 de la LMV que obliga a Mapfre a presentar la OPA de exclusión:

- Naturaleza del acuerdo del Consejo de la CNMV de 27 de marzo de 2012, que aprueba la OPA de Mapfre: se trata de un acto reglado, no discrecional que produce efectos "per se" de forma directa.
- Concepto de folleto: Mapfre ha incumplido lo dispuesto en el artículo 15 del RD 291/1992, pues su actuación no se compadece con las prescripciones y compromisos del folleto, con la consecuencia de que las acciones de los socios minoritarios han sufrido una dilución del 22%, en lugar del 11%.

- Incumplimiento por Mapfre de las obligaciones voluntariamente asumidas en el folleto de la OPA, con infracción del artículo 34 de la LMV, ocultando hechos relevantes y omitiendo información al mercado. La cotización de Funespaña tiene una frecuencia artificial de cotización, pues no tiene volumen mínimo para cotizar. La CNMV hoy no autorizaría la cotización de Funespaña, por lo que es incoherente mantener en cotización lo que no debe cotizar. El folleto de Mapfre contiene una serie de cláusulas abusivas que son contrarias al artículo 34 LMV.

3º. Daños y perjuicios causados al accionista que suscribe por la no tramitación del expediente solicitado:

- Los incumplimientos pretenden ocultar el verdadero valor de la acción. Los daños causados a los accionistas son concretos y sustanciales.

TERCERO.- 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. Para sostener esta pretensión se alegó lo siguiente:

1º. Inexistencia de actividad de la CNMV:

- Invoca la STS de 1 de octubre de 2008: para que exista inactividad la Administración debe estar obligada a realizar una concreta prestación, establecida directamente por una disposición general, o un acto, o un contrato o convenio administrativo y de la que sean acreedoras una o varias personas determinadas. La acción por inactividad solo procede en relación con prestaciones concretas y actos con un plazo legal para su adopción.

2º. En todo caso, la CNMV desplegó una actividad diligente en el límite de su competencia:

- El escrito del 12 de noviembre de 2012 del recurrente no se consideró denuncia por lo que procedía iniciar procedimiento alguno (art. 69 LMV), y lo mismo cabe decir del escrito ampliatorio de 22 de noviembre.
- La Dirección General de Mercados emitió un informe detallado el 12 de febrero de 2013, sobre la cuestión y se dictaron requerimientos para completar la información de que la CNMV disponía
- El recurrente presentó dos recursos ante la Audiencia Nacional, 190/12 y 8/13 en los que se refería a esta cuestión, lo que aconsejó a la CNMV, no pronunciarse al respecto.
- Consta además un informe de la Directora de la Asesoría Jurídica de 27 de marzo de 2013 que indica que la cuestión planteada por el recurrente no puede resolverse por la CNMV, que solo puede ejercer la potestad sancionadora. Otras quejas del recurrente se desestimaron en el recurso ante la AN nº 239/12

- El 4 de junio de 2013, el recurrente presentó un escrito denunciando a Mapfre por incumplimiento de los compromisos adquiridos en el folleto de la OPA, procediendo la CNMV a su tramitación.

3º. Sobre el incumplimiento de los requisitos asumidos en el folleto de OPA:

- Subraya que esta cuestión no es objeto del presente recurso. No obstante niega que hayan existido los incumplimientos denunciados, pues el folleto solo manifiesta la intención de Mapfre de promover la ampliación de capital, pudiendo realizarse la ampliación de capital en términos distintos de los consignados en el folleto.

4º. Sobre los daños y perjuicios:

- La petición es genérica y no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia

CUARTO:- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes. La parte recurrente procedió a recusar formalmente a la Ilustrísima Señora Presidenta de la Sección, incidente que fue desestimado por Auto de 24 de junio de 2014.

QUINTO:- En este estado del procedimiento, se acordó comunicar a Funespaña SA la existencia del presente procedimiento dado que no había sido emplazada anteriormente. Funespaña se personó formalmente en el proceso, y solicitó vista de las actuaciones, a lo que se accedió, y además pidió la retroacción del procedimiento, a lo que no se accedió. Mediante diligencia de constancia de 1 de julio de 2014 se le permitió, al amparo del artículo 138.2 de la LJCA, formular alegaciones a la vista de lo actuado.

SEXTO:- Señalado el día 8 de julio de 2014 para la votación y fallo ésta se pospuso al día 22 de julio, para ser tratado conjuntamente con el recurso nº 8/2013, lo que tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO:- Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario establecido en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO:- La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar la existencia de una inactividad por parte de la CNMV, ante la petición formulada por la parte recurrente el 12 de noviembre de 2012 en el sentido de exigir a la CNMV el inicio de un expediente para exigir a Mapfre el cumplimiento de los compromisos asumidos en el folleto que presentó voluntariamente a la CNMV en la OPA presentada el 30 de noviembre de 2011, aprobada por el Consejo el 27 de marzo de 2012.

En su caso, también para la exigencia de los daños y perjuicios derivados de la denunciada inactividad.

SEGUNDO:- De acuerdo con el planteamiento de la Abogacía del Estado, no podemos compartir las tesis de la recurrente. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha subrayado de forma reiterada y además recientemente (STS de 8 de enero de 2013 recurso de casación 7097/2010 que ratifica la doctrina de la de 24 de julio de 2000 (Recurso núm. 408/2009), cuales son los requisitos que resultan precisos para que pueda ser acogida la pretensión fundada en la inactividad administrativa que regula el artículo 29.1 de la LJCA, y lo ha hecho en los términos:

“Entrando, por eso, en el examen de fondo de la pretensión ejercitada, nuestro punto de partida ha de ser el artículo 29-1 de la Ley de la Jurisdicción de 1998, que es el que delimita cuál puede ser el objeto del proceso dirigido contra la específica inactividad de la Administración que en él se regula y que, indirectamente, marca también la legitimación para accionar acogiéndose a este precepto, pues, entre otras circunstancias, de él se desprende que para obtener éxito en el mismo no es suficiente con ser titular de un interés legítimo, sino que es preciso ostentar un derecho, conforme a los requisitos que en él se ordenan para poder acudir a este remedio jurisdiccional frente a una inactividad administrativa.

*En efecto, dice el citado artículo que cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, **quienes tuvieran derecho a ella** pueden reclamar a la Administración el cumplimiento de dicha obligación.*

Prescindiendo ahora del supuesto de los actos, contratos o convenios administrativos como origen de la eventual obligación cuyo cumplimiento puede exigirse acogiéndose al artículo 29-1, puesto que la que aquí se demanda se hace derivar directamente de una disposición general, como lo es un Tratado con contenido normativo, en todo caso lo que no ofrece duda es que para que pueda prosperar la pretensión se necesita que la disposición general invocada sea constitutiva de una obligación con un contenido prestacional concreto y determinado, no necesitado de ulterior especificación y que, además, el titular de la pretensión sea a su vez acreedor de aquella prestación a la que viene obligada la Administración, de modo que no basta con invocar el posible beneficio que para el recurrente implique una actividad concreta de la Administración, lo cual constituye soporte procesal suficiente para pretender frente a cualquier otra actividad o inactividad de la Administración, sino que en el

supuesto del artículo 29 lo lesionado por esta inactividad ha de ser necesariamente un derecho del recurrente, definido en la norma, correlativo a la imposición a la Administración de la obligación de realizar una actividad que satisfaga la prestación concreta que aquél tiene derecho a percibir, conforme a la propia disposición general”.

Razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes a la obligada observancia que ha de darse a los postulados constitucionales de seguridad jurídica y de igualdad en la aplicación de la ley, imponen aplicar el anterior criterio al caso aquí enjuiciado, y ello conlleva que no pueda ser acogida la infracción del artículo 29.1 de la LJCA que ha sido denunciada para dar sustento al motivo de casación.

Así debe ser porque, también en el caso aquí enjuiciado, falta ese presupuesto de reclamar el derecho a una prestación concreta que resulta necesario para que pueda ser estimada una acción deducida por el cauce del artículo 29.1 de la LJCA.

Faltando ese presupuesto, nunca la acción que fue ejercitada en la instancia podría ser acogida, por lo que, el efecto útil que es inherente al recurso de casación, determina aquí su desestimación.

TERCERO:- La aplicación de la anterior doctrina, que esencialmente coincide con la jurisprudencia anotada por la Abogacía del Estado, nos conduce directamente a la desestimación del recurso.

En efecto, las normas invocadas por el recurrente (esencialmente los artículos 13 y 34 de la LMV, y el artículo 42 de la Ley 30/1992) no establecen una prestación concreta y totalmente determinada en su favor, pues más bien se trata de disposiciones de carácter general, que incorporan determinadas pautas de actuación y que confieren determinados poderes de intervención y obligaciones a la CNMV y Administración en general, que deberá evaluar, en cada caso, la procedencia y alcance su aplicación.

No deriva pues de la normativa invocada un derecho incondicional en favor del recurrente que le permita accionar con éxito sobre la base del artículo 29 de la LRJCA, dados los términos en los que se pronuncia la jurisprudencia anotada, razón por la que sin mayores comentarios procede la desestimación del presente recurso.

CUARTO:- Por otra parte, también debemos mostrar nuestra conformidad con lo alegado por el Abogado del Estado en el sentido de que la CNMV no ha contemplado con pasividad el escrito del recurrente de 12 de noviembre de 2012, pues ha desplegado una intensa actividad interna, solicitando informes y practicando requerimientos de información, que con mas detalle se relacionan en los antecedentes de esta resolución. La CNMV explicó al recurrente las razones por las que decidió no incoar el procedimiento solicitado, de acuerdo con el artículo 69 de la Ley 30/1992, al no poder calificar como denuncia el escrito de 12 de noviembre de 2012, por lo que no solo no existió inactividad por su parte, sino que cumplió con su obligación de dar respuesta a la cuestión planteada.

La desestimación de la pretensión principal comporta la desestimación relativa a los daños y perjuicios reclamados pues no existe base alguna para ello.

QUINTO:- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA procede imponer las costas a la recurrente, parte vencida en este proceso, sin que se aprecien por la Sala la existencia de serias dudas que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

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

FALLO

Desestimamos el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos el acto impugnado. Se imponen las costas a la recurrente. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.