

**SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID DE 22**  
**DE MARZO 2004**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª**

**Recurso nº:** 478/98  
**Ponente:** Doña Berta Santillán Pedrosa  
**Acto impugnado:** Resolución de la CNMV de 4 de marzo de 1998  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid a veintidós de Marzo de dos mil cuatro.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo nº 478/98, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña M.M., en nombre y representación de Don R.P.E., contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de marzo de 1998 por la que se autorizaba al Banco de Santander, S.A. una oferta Pública de Adquisición (OPA) sobre acciones de Banesto con contraprestación consistente en acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A. y contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de marzo de 1998 por la que se deniegan sus solicitudes de fechas 9 y 24 de febrero de 1998 por las cuales solicitaba a la CNMV que requiriera al Banco de Santander, S.A. al cumplimiento de su preceptiva obligación de formular una oferta Pública de Adquisición (OPA) de acciones de Banesto con contraprestación exclusivamente en dinero y no mediante canje por nuevas acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A., habiendo sido parte la Administración demandada representada por el Abogado del Estado y como entidad codemandada el "Banco de Santander, S.A." representado por el Procurador Don H.S..

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

**SEGUNDO.-** El Abogado del Estado y la defensa de la entidad codemandada contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el presente proceso a prueba, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

**CUARTO.-** En este estado se señala para votación el día 24 de febrero de 2004, teniendo lugar así.

**QUINTO.-** En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Dña Berta Santillán Pedrosa

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través del presente recurso la Procuradora de los Tribunales Doña M.M., en nombre y representación de Don R.P.E., impugna la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de marzo de 1998 por la que se autoriza al Banco de Santander, S.A. una Oferta Publica de Adquisición (OPA) de acciones voluntaria sobre acciones de Banesto con contraprestación consistente en acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A. y la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de marzo de 1998 por la que se deniegan sus solicitudes de fechas 9 y 24 de febrero de 1998 por las cuales solicitaba a la CNMV que requiriera al Banco de Santander, S.A. al cumplimiento de su preceptiva obligación de formular una Oferta Publica de Adquisición (OPA) de acciones de Banesto con contraprestación exclusivamente en dinero y no mediante canje por nuevas acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A.

**SEGUNDO.-** En la demanda presentada la parte actora solicita la nulidad de las resoluciones administrativas impugnadas efectuando las siguientes consideraciones.

Afirma que es accionista tanto del Banco Español de Crédito, S.A. (Banesto) como del Banco de Santander, S.A.

Mantiene la nulidad de la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que autoriza la Oferta Publica de Adquisición (OPA) expresando que en los supuestos de modificaciones estatutarias la obligación de formular la OPA debe ser con contraprestación exclusiva en dinero y no con canje de acciones de nueva emisión. Y que en fecha 10 de febrero de 1998, cuando Banesto celebra la Junta General Ordinaria de Accionistas en la que se modifican los Estatutos de dicha entidad bancaria, el Banco de Santander, S.A. tenía mas del 50% de los derechos de voto en Banesto por lo que tenía obligación de promover sobre Banesto una OPA obligatoria previa a la modificación de estatutos y no una OPA voluntaria como así se formuló y se autorizó por la CNMV en la resolución administrativa impugnada.

Por todo lo cual entiende que la CNMV autoriza la OPA incumpliendo lo dispuesto en el artículo 60, párrafo 4º, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, precepto desarrollado por los artículos 5 y 6 del Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre Régimen de las ofertas publicas de adquisición. Y entiende que el Banco de Santander, S.A. estaba obligado a formular una OPA en los términos establecidos en el artículo 5 del Real Decreto citado que dispone que toda persona física o jurídica que, siendo titular de acciones que representen mas del 50% de los votos de una sociedad admitida a negociación en Bolsa de valores, pretenda, por primera vez modificar los Estatutos de dicha sociedad deberá formular previamente una oferta publica de adquisición dirigida al resto de las acciones con voto de dicha sociedad. Y en cuanto a la naturaleza de la contraprestación y precio mínimo al que deberá realizarse la oferta pública en estos casos, el artículo 5 citado se remite al artículo 7, apartado 3, de igual Real Decreto que dispone que la oferta publica solo podrá formularse como compraventa debiendo consistir en dinero la totalidad de la contraprestación.

**TERCERO.-** Habiendo negado tanto la Administración demandada como la entidad codemandada la legitimación activa del recurrente procede analizar, en primer lugar, tal afirmación pues en caso de que se estime dicha pretensión haría innecesario el análisis de las cuestiones de fondo planteadas por Don R.P.E.

El recurrente presenta el recurso contencioso administrativo como accionista de la mercantil presuntamente perjudicada por la oferta pública de adquisición formulada por el Banco de Santander, S.A., y como accionista de esta última mercantil.

La legitimación es presupuesto inexcusable del proceso, que implica en el proceso contencioso-administrativo una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), de tal forma que su anulación produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

Para que exista interés legítimo en la jurisdicción contencioso-administrativa, la resolución impugnada (o la inactividad denunciada) debe repercutir de manera clara y suficiente en la esfera jurídica de quien acude al proceso y este criterio lo reitera tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. En efecto, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ha señalado:

a) Por interés, que la normativa vigente califica bien de "legítimo, personal y directo", o bien, simplemente, de "directo" o de "legítimo, individual o colectivo", debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos.

b) Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo y procesal jurisdiccional es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado precisamente con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio como resultado inmediato de la resolución dictada.

c) Ese "interés legítimo", que abarca todo interés que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de "personal y directo", pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional han declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superior y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa o jurisdiccional a dictar ha repercutido o puede repercutir,

directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona.

d) Salvo en los supuestos en que el ordenamiento reconoce legitimación para ejercer la acción pública, no basta como elemento legitimador bastante el genérico deseo ciudadano de la legalidad, pues es necesaria una determinada relación con la cuestión debatida ya que como señaló la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1994, la legitimación "ad causam" conlleva la necesidad de constatar la interrelación existente entre el interés legítimo invocado y el objeto de la pretensión, o como dijo la sentencia de 21 de abril de 1997 se parte del concepto de legitimación "ad causam" tal cual ha sido recogido por la más moderna doctrina como atribución a un determinado sujeto de un derecho subjetivo reaccional, que le permite impugnar una actuación administrativa que él considera ilegal, y que ha incidido en su esfera vital de intereses y la defensa de ese derecho requiere, como presupuesto procesal, que el acto impugnado afecte, por tanto, a un interés del recurrente.

**CUARTO.-** El régimen jurídico de las OPAS se encuentra fundamentalmente establecido en los artículos 34 y 60 de la Ley del Mercado de Valores y en el Real Decreto 1197/1991. Con arreglo a esta normativa, las OPAS se configuran como el cauce formal de una voluntad de adquisición de valores que, dirigida al colectivo de accionistas asegura la igualdad de trato de todos los accionistas. La formulación de una OPA requiere la previa tramitación de un procedimiento ante la CNMV regulado de forma expresa en el Real Decreto 1197/1991. Este procedimiento se encuentra precedido por una fase interna de formación de la voluntad de la sociedad oferente que ha de tener lugar de conformidad con la normativa propia del tipo societario de que se trate (en el presente caso, la Ley de Sociedades Anónimas). Esta fase previa finaliza con la adopción de los correspondientes acuerdos por los órganos societarios competentes. Y tramitado el preceptivo procedimiento y obtenida la autorización de la OPA, corresponde a los accionistas destinatarios de la oferta la decisión de concurrir o no a la misma, esto es, de enajenar o no total o parcialmente las acciones de que son titulares en esa sociedad.

Las resoluciones que autorizan la oferta pública de adquisición tienen únicamente como destinatario la sociedad petitionaria, única cuya esfera jurídica puede resultar afectada como consecuencia de esos procedimientos y por tanto la única legitimada para impugnar las resoluciones que se dicten. Y si algún accionista de las sociedades intervinientes considera que el acuerdo de presentación de la OPA lesiona alguno de sus intereses podrá impugnarlo por los cauces que legalmente se habilitan en las relaciones internas entre una sociedad mercantil y sus socios, esto es en la esfera societaria interna.

Por ello si el actor como accionista de Banesto considera que la adopción del acuerdo societario en fecha 10 de febrero de 1998 por la que se acuerda la modificación de los Estatutos de la entidad Banesto vulnera los artículos 60.4 de la Ley de Mercado de Valores y artículos 2.5 y 7.3 del Real Decreto 1197/1991 tenía

la posibilidad de ejercer ante la jurisdicción civil la acción de impugnación de acuerdos sociales prevista en el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas. Por lo que como no consta impugnación alguna al Acuerdo adoptado en la Junta General de Accionistas de Banesto en fecha 10 de febrero de 1998 no cabe trasladar a la Jurisdicción contencioso administrativa la impugnación de un acuerdo de la CNMV de autorización de una OPA voluntaria formulada después de la reunión de la Junta referida de 10 de febrero de 1998.

Y si algún accionista del Banco de Santander, S.A. consideraba que en la operación existía alguna infracción del ordenamiento jurídico tenía asimismo la posibilidad de votar en contra y en su caso de impugnar el acuerdo de adopción del aumento de capital necesario para hacer frente a la contraprestación ofrecida a los accionistas destinatarios de la oferta, acuerdo que se adoptó el 21 de marzo de 1998 y que tampoco consta que el actor haya impugnado.

Cuando el accionista de una sociedad entiende que los administradores de ésta han perjudicado en su gestión a dicha sociedad puede acudir ante los Tribunales de Justicia ejerciendo ante la jurisdicción civil la acción de impugnación de acuerdos sociales prevista en el artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas. No es posible admitir que cuando un accionista entienda que la sociedad se ha visto perjudicada como consecuencia de la gestión llevada a cabo por los administradores, pueda suplir a éstos y ejercer acciones que sólo corresponden a la sociedad.

Por ello esta Sala entiende que el recurrente por su sola calidad de accionista no tiene una posición jurídica sustantiva propia que le otorgue el ordenamiento jurídico frente al acuerdo de la CNMV impugnado. Los destinatarios de este acuerdo son únicamente las entidades mercantiles intervinientes en la OPA y son los únicos a los que jurídicamente les afecta.

Lo que el actor esgrime es un puro "interés por la legalidad" en la medida en que no quiere consentir que un organismo público cometa lo que entiende que es un acto ilegal en relación con las entidades en las que participa; actuaría así con un papel de "defensor de la ley" en lugar y sustitución de las entidades intervinientes. Pero el puro interés por la legalidad nunca puede fundar la exigida legitimación exigida por la ley jurisdiccional.

Y si lo que pretende el recurrente es discutir la corrección jurídico-mercantil de la OPA, los acuerdos de las sociedades a este fin, la responsabilidad de los administradores, en relación con un posible perjuicio que podría acarrear la misma a las sociedades en su conjunto, el actor debe acudir a la jurisdicción civil ya que todo ello son cuestiones de índole mercantil privada.

A la vista de lo expuesto se estima la falta de legitimación activa del recurrente y se declara, en consecuencia, la inadmisibilidad del presente recurso contencioso administrativo.

**QUINTO.-** De conformidad con el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

## **FALLAMOS**

Que DEBEMOS DECLARAR la inadmisibilidad por falta de legitimación activa del presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Doña M.M., en nombre y representación de Don R.P.E., contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 4 de marzo de 1998 por la que se autorizaba al Banco de Santander, S.A. una oferta Pública de Adquisición (OPA) sobre acciones de Banesto con contraprestación consistente en acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A. y contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 6 de marzo de 1998 por la que se deniegan sus solicitudes de fechas 9 y 24 de febrero de 1988 por las cuales solicitaba a la CNMV que requiriera al Banco de Santander, S.A. al cumplimiento de su preceptiva obligación de formular una Oferta Publica de Adquisición (OPA) de acciones de Banesto con contraprestación exclusivamente en dinero y no mediante canje por nuevas acciones a emitir por el Banco de Santander, S.A.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, la pronunciamos, mandamos y firmamos.