

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE FEBRERO DE 2006¹

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 473/03

Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena

Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 19 de mayo de 2003

Fallo: Desestimatorio

¹ Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2009.

Madrid, a tres de febrero de dos mil seis.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "B., S.A.", y en su nombre y representado por el Procurador Sr. Don J.B.M, 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 19 de mayo de 2003, siendo la cuantía del presente recurso de indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por "B., S.A.", y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.B.M., 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 19 de mayo de 2003, 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: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, se acordó el señalamiento para votación y fallo el día veinticuatro de enero de dos mil seis.

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 estos autos la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 19 de mayo de 2003, por la que se acuerda declarar la suspensión de los derechos políticos correspondientes a la participación de la entidad actora en Metrovacesa.

SEGUNDO: Tres son las cuestiones que se plantean en autos: la primera relativa a la competencia de la CNMV para acordar la suspensión de los derechos políticos correspondientes a las participaciones sociales, la segunda relativa al cómputo de acciones con derecho a voto para determinar la participación significativa, y la tercera la extensión de la suspensión.

Para la correcta resolución de tales cuestiones hemos de partir de dos preceptos, el artículo 60 de la Ley 24/1988 y el artículo 1 del Real Decreto 1197/1991 cuyo examen realizaremos más adelante.

Artículo 60: *“Quien pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de Valores u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición y de esta forma llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad, no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos sus titulares.*

Reglamentariamente se fijarán: la participación que tendrá la consideración de significativa; las reglas y plazos de cómputo de la misma, tomando en consideración las participaciones directas e indirectas; los términos en que la oferta será irrevocable o en que podrá someterse a condición y las garantías exigibles según que la contraprestación ofrecida sea en dinero, valores ya emitidos o valores cuya emisión aún no haya sido acordada por la sociedad o entidad oferente; la modalidad de control administrativo a cargo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y, en general, el procedimiento de las ofertas públicas de adquisición; las limitaciones de la actividad del órgano de administración de la sociedad cuyas acciones sean objeto de la oferta; el régimen de las posibles ofertas competidoras; las reglas de prorrateo, en su caso; las operaciones exceptuadas de este régimen por consideraciones de interés público y los demás extremos cuya regulación se juzgue necesaria.

Quien adquiera el volumen de acciones y alcance la participación significativa a que se refiere el párrafo primero sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas, sin perjuicio de las acciones previstas en el Título VIII de la presente Ley. Los acuerdos adoptados con su participación serán nulos. La Comisión Nacional del Mercado de Valores estará legitimada para el ejercicio de las acciones de impugnación correspondientes...”

Artículo 1: *“1. Toda persona física o jurídica (en lo sucesivo, oferente) que pretenda adquirir a título oneroso, en un solo acto o en actos sucesivos, acciones de una sociedad (en lo sucesivo, sociedad afectada), cuyo capital esté en todo o en parte admitido a negociación en bolsa de valores, u otros valores tales como derechos de suscripción, obligaciones convertibles, warrants o cualesquiera instrumentos similares que puedan dar derecho directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, para de esta forma llegar a alcanzar, junto con la que ya se posea, en su caso, una participación significativa en el capital con derecho a voto de la sociedad emisora de dichos valores, títulos o instrumentos no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición en los términos previstos en este Real Decreto.*

2. A los efectos de este Real Decreto, tendrán la consideración de participación significativa, en sus respectivos casos todas aquéllas que representen porcentajes iguales o superiores al 25 y al

50% del capital de la sociedad afectada, así como aquellas que, representando un porcentaje inferior, reúnan las condiciones previstas en los apartados 5 y 6.

3. Cuando se pretenda alcanzar una participación igual o superior al 25% de capital de la sociedad, la oferta deberá realizarse sobre un número de valores que represente, como mínimo, el 10% del capital de la sociedad afectada..."

TERCERO: Entrando en el análisis de las cuestiones planteadas, hemos de acudir a la regulación contenida en el artículo 40 del Real Decreto 1197/1991 que establece: *"1. Sin perjuicio de la aplicación de las sanciones a que se refiere el artículo precedente quien adquiera acciones de una sociedad cuyo capital social este admitido a negociación en una Bolsa de Valores y alcance o supere los porcentajes establecidos en el artículo 1 sin haber promovido previamente una oferta pública de adquisición, no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas o que adquiera en lo sucesivo sin promover la correspondiente oferta pública de adquisición. Igual limitación afectará a quienes adquieran valores o instrumentos que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción o adquisición de acciones, una vez que efectivamente se haya producido la suscripción o adquisición de éstas, y a quienes hayan entrado en el disfrute de los derechos políticos en caso de usufructo o prenda de acciones..."*

Como correctamente se razona en la Resolución impugnada y se afirma en la contestación a la demanda, la suspensión que nos ocupa opera automáticamente por ministerio de la Ley. No es por ello una decisión a valorar por la Administración, sino que una vez contrastada la adquisición de los porcentajes del artículo 1 sin la formulación de la OPA, la aplicación de la suspensión de los derechos de voto es ineludible.

El precepto que analizamos se encuentra ubicado en el Capítulo VII del Régimen de Supervisión, Inspección y Sanción del Real Decreto 1197/1991. Por ello hemos de afirmar que las previsiones normativas contenidas en el artículo que comentamos y especialmente las relativas a la suspensión del derecho de voto que analizamos, se insertan en la órbita de las facultades de supervisión e inspección –la suspensión no es una sanción, como hemos visto sino una medida de restablecimiento del orden jurídico perturbado-.

Por su parte el artículo 13 de la Ley 24/1988 establece: *"Se crea la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a la que se encomiendan la supervisión e inspección de los mercados de valores y de la actividad de cuantas personas físicas y jurídicas se relacionan en el tráfico de los mismos, el ejercicio sobre ellas de la potestad sancionadora y las demás funciones que se le atribuyen en esta Ley."*

Es claro que la competencia para ejercer las facultades de supervisión e inspección de los mercados de valores corresponde a la CNMV, por lo que, siendo la suspensión que nos ocupa una facultad de supervisión e inspección corresponde a dicho órgano regulador.

CUARTO: La segunda cuestión que hemos de analizar hace referencia al cómputo de las acciones para determinar si se ha sobrepasado el porcentaje del 20% a los efectos de aplicación de la suspensión del derecho al voto de las acciones.

La discrepancia en este aspecto se centra en determinar si han de computarse las acciones en cartera de Metrovacesa y las que son titularidad de los Consejeros comunes a la entidad actora y Metrovacesa.

Hemos de recordar la dicción del artículo 60 antes transcrito: *"...llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de una sociedad..."*. La idea central sobre la que gira la regulación que nos ocupa lo es, como bien pone de manifiesto la CNMV, el control de la sociedad, esto es, una participación en la que el capital con derecho a voto sometido a una unidad de dirección, tenga una significación tal que pueda influir de manera determinante en las decisiones sociales –de ahí la nulidad de los acuerdos y la facultad de impugnación de la CNMV contemplados en el artículo que comentamos-. Se trata pues de que el control de la sociedad no se vea alterado sino es concurriendo en el mercado y sin dar la posibilidad a los accionistas de vender sus acciones. La idea se centra pues, como decimos, en el control de la entidad mediante la adquisición de un porcentaje de capital que se considera significativo y que se establece en el Real Decreto 1197/1991. Por ello acierta la CNMV al afirmar que respecto del capital el cómputo ha de realizarse respecto de aquel que exista derecho de voto, no así respecto del que lo tiene suspendido. La razón es evidente: el capital sin derecho a voto no concurre en la conformación de las mayorías necesarias para la formación de la voluntad societaria y por ello no puede ser tenido en cuenta a los efectos de su incidencia en el control de la sociedad, porque, al carecer de la posibilidad de voto, no incide en tal control, ni contrarresta la influencia de otras participaciones bajo unidad de dirección. Y a ello no es obstáculo que haya de computarse para el quórum, pues, una vez alcanzado éste, el capital en cartera, al tener suspendido el ejercicio de los derechos de voto, no puede incidir en los acuerdos sociales, y no afecta al control de la entidad.

Por la misma razón examinada entendemos que también acierta la CNMV al computar las acciones de que son titulares miembros del Consejo de Administración de ambas entidades, pues atiende al criterio de unidad de dirección en la formación de la voluntad social, lo que encierra la concurrencia de voluntades en la conformación de mayorías y por ello la posibilidad de control de la entidad en caso de participación significativa sometida a unidad de dirección.

Entrando en la tercera de las cuestiones que se examinan, la relativa a la extensión de la suspensión, hemos de recordar las previsiones del artículo 60 de la ley 24/1988: *"Quien adquiera el volumen de acciones y alcance la participación significativa a que se refiere el párrafo primero sin la preceptiva oferta pública de adquisición no podrá ejercer los derechos políticos derivados de las acciones así adquiridas"* y del 40 del Real Decreto 1197/1991 que, igualmente, establece: *"...A estos efectos se considerarán como derechos políticos derivados de las acciones los siguientes: el derecho de asistir y votar en las Juntas generales..."*.

La prohibición viene referida no a un concreto porcentaje de capital, sino a su titular o titulares unidos bajo una unidad de dirección. Esto es claro en la dicción del precepto *"Quien adquiera..."*, esto es, el titular de las acciones adquiridas. Por ello la suspensión afecta a los titulares del capital adquirido sobre el 25% del total con derecho a voto sin formular la OPA, y alcanza al *"derecho de asistir y votar en juntas generales"*.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y confirmación del acto impugnado, por ser conforme a Derecho en los extremos examinados.

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 desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por "B., S.A.", y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.B.M. frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resolución de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 19 de mayo de 2003, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los extremos examinados, 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 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.