

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 30 DE MAYO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 664/03
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución de la CNMV de 8 de septiembre de 2003
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 30 de mayo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 664/2003, se tramita, a instancia de Don A.L.G., representado por la Procuradora Dña. E.G.G., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 8 de septiembre de 2003, sobre suspensión cautelar, en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, y ha intervenido como parte codemandada AVANZIT, S.A., representada por el Procurador Don A. S. G., siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de Don A.L.G. interpuso recurso contencioso administrativo contra la Resolución de referencia mediante escrito presentado el 15 de septiembre de 2003, y la Sala, por providencia de fecha 26 de diciembre de 2003, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

El día 27 de enero de 2004 la representación de AVANZIT, S.A. presentó escrito de personación, y la Sala en providencia de 9 de marzo de 2004 tuvo a dicha sociedad por personada y parte en el presente recurso en condición de parte codemandada.

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

Dentro del 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. Igualmente en su turno contestó a la demanda la parte codemandada.

TERCERO.- Se recibió el recurso a prueba, con el resultado que obra en las actuaciones, y tras los escritos de conclusiones de las partes, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 22 de mayo de 2007.

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

Vistos, siendo Ponente el limo. Sr. D. José María del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV), de 8 de septiembre de 2003, que desestimó el recurso de reposición interpuesto por Don A.L.G., hoy parte actora en este recurso, contra el Acuerdo del Vicepresidente de la CNMV, sobre levantamiento de la suspensión cautelar de la negociación de las acciones de la entidad AVANZIT, S.A.

- 1) R.ADIOTRONICA, S.A. se constituyó por tiempo indefinido como sociedad anónima por escritura de 25 de marzo de 1959. La sociedad cambió su denominación social por la de AVANZIT, S.A, mediante Acuerdo de su Junta General Extraordinaria de 12 de diciembre de 2000.

Su capital social asciende a 31.552.659 euros, representado por 31.552.659 acciones. Las acciones están admitidas a cotización en las Bolsas de Valores de Madrid y Bilbao, desde el 1 de enero de 1989, y están integradas en el Sistema de Interconexión Bursátil (SIBE) desde el 1 de julio de 1991.

Por providencia de 4 de junio de 2002 del Juzgado de Primera Instancia nº 26 de Madrid se tuvo por solicitada la declaración de estado de suspensión de pagos de AVANZIT, S.A.

- 2) Con fecha 27 de junio de 2003 la Junta General Ordinaria y Extraordinaria de AVANZIT, S.A adoptó los siguientes acuerdos:
 - a) iniciar la acción de responsabilidad contra los miembros del Consejo de Administración, que quedó destituido en este momento, entre ellos Don A.L.G., parte actora en este recurso, que era Presidente del Consejo de Administración.
 - b) Nombrar como nuevos miembros del Consejo de Administración a la Caja de Ahorros de Segovia., Don J.P.A. y Don R.C.M.
 - c) No aprobar las Cuentas Anuales (Balance, Cuenta de Pérdidas y Ganancias y Memoria), ni el Informe de gestión, relativos al ejercicio 2002.
- 3) El Presidente de la CNMV acordó, con fecha 27 de junio de 2003, suspender cautelarmente la negociación en el sistema de interconexión bursátil de las acciones, u otros valores que den derecho a la suscripción o adquisición, de AVANZIT, S.A.
- 4) La Dirección General de Mercados Secundarios de la CNMV remite a AVANZIT, S.A. requerimientos de información en fechas 30 de junio, y 2, 4 y 10 de julio de 2003. Por su parte, AVANZIT, S.A. remite comunicaciones al Registro Público de Hechos Relevantes de la CNMV con fechas 27 de junio y 1, 10, 17, 18 y 28 de julio de 2003.

5) El 28 de julio de 2003 el Vicepresidente de la CNMV adopta el Acuerdo de

...levantar, con efectos de 30 de junio de 2003, la suspensión cautelar acordada el 27 de junio de 2003 de la negociación en el sistema de interconexión bursátil (SIB) de las acciones, u otros valores que den derecho a su suscripción o adquisición, de la entidad AVANZIT, S.A como consecuencia de haber sido puesta a disposición del público en las Sociedades Rectoras de las Bolsas de Valores y en la CNMV información suficiente de las circunstancias que aconsejaron la adopción del acuerdo de suspensión...

6) Don A.L.G. interpuso recurso de reposición contra el anterior Acuerdo de levantamiento de la suspensión cautelar de negociación, que fue desestimado por la Resolución del Consejo de la CNMV de fecha 8 de septiembre de 2003, antes citada, que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda los fundamentos jurídicos que incluye bajo los epígrafes siguientes: A) Adjetivos: 1) el Sr. L. está legitimado activamente en su doble condición de accionista y de Administrador cesado, como consecuencia de la toma de control ilícita, B) Sustantivos: 1) la cultura y la ética de los órganos económicos de control, 2) el Decreto 432/2003, 3) Análisis del supuesto cualitativo que determina la obligación de lanzar una OPA, 4) Teoría de la acción concertada; 5) Es evidente que los miembros activos de la agrupación que ejerce la acción concertada son Acciona, Don J.P.A., Don R.C.M. y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, 6) La resolución de declarar un supuesto de OPA obligatorio a cargo, solidariamente, de Don J.P.A., Don R.C.M., y Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia es la única que corresponde tanto para asegurar el restablecimiento de la legalidad y la libre participación en el Consejo de AVANZIT, S.A. como para defender los intereses de los inversores, 7) la aplicación del artículo 13.4 RD 1197/91.

El Abogado del Estado contesta oponiendo la falta de legitimación activa de la parte recurrente, y en cuanto al fondo, expone que nada tiene que ver el acto impugnado de levantamiento de la suspensión de la cotización con las manifestaciones contenidas en el escrito de demanda acerca de la necesidad de formulación de una OPA, pues se trata de dos tipos de suspensión de la cotización -el acordado por la CNMV en este caso y el previsto para los casos de formulación de una OPA- basados en preceptos legales radicalmente distintos y en fundamentos materiales que ninguna relación guardan entre sí. Finaliza su escrito el Abogado del Estado señalando que las consideraciones del recurrente deberán efectuarse en el procedimiento que el mismo inste para discutir sobre la procedencia de haber formulado la OPA a que se refiere.

La parte codemandada AVANZIT, S.A. contesta a la demanda argumentando la falta de legitimación activa del recurrente tanto en su condición de miembro cesado del Consejo de Administración como accionista y la necesaria desestimación del recurso por resultar ajustados a derecho los actos administrativos impugnados.

TERCERO.- Tratamos como primera cuestión la relativa a la legitimación del recurrente para impugnar el Acuerdo de la CNMV de levantamiento de la suspensión cautelar de la

negociación de acciones, que niega tanto la Resolución impugnada como las partes codemandadas.

El recurrente considera que está legitimado en el presente recurso en su triple condición de accionista de AVANZIT, S.A. de Administrador desposeído por la toma de control y de inversor.

Para pronunciarnos sobre la legitimación del recurrente debemos insistir en la identificación del acto impugnado en el presente recurso, que es el Acuerdo del Vicepresidente de la CNMV de 28 de julio de 2003, de levantamiento de la suspensión de las cotizaciones de AVANZIT, S.A. El argumento central de la demanda consiste en que no solamente no concurrían razones que justificaran el levantamiento de la suspensión, sino que sucedía justamente lo contrario, pues existía una acción concertada entre varios accionistas para la toma de control de AVANZIT, S.A. que obligaba a dichos accionistas a lanzar una OPA y a la CNMV a suspender la cotización de las acciones.

El recurrente ha acreditado que efectivamente reunía la condición de accionista de AVANZIT, S.A. al compartir la titularidad, junto con Dña A.G.B., de 4.737 acciones de AVANZIT, S.A., (documento 23 de los acompañados con la demanda). El precio de cotización de las acciones de AVANZIT, S.A. era de 2,58 euros/acción, en el momento de los hechos a que se refiere este recurso.

La Sala considera que la condición de accionista no concede legitimación para impugnar la decisión de la CNMV de levantar la suspensión de cotización de las acciones de AVANZIT, S.A.

En otras ocasiones, así en nuestra sentencia de 13 de septiembre de 2002 (recurso 1184/98), nos hemos referido a la evolución que ha experimentado el concepto de legitimación, con cita de las sentencias del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1999 (RJ 1999\571) y 11 y 18 de marzo de 2000 (RJ 2000\3758 y RJ 2000\2997). En las sentencias del TS citadas el concepto de "interés legítimo" que atribuye la legitimación para impugnar un acto administrativo, de acuerdo con los artículos 31.c) LRJPAC y 19.a) LJCA, se presenta con un sello distintivo que permite reconocer su existencia y amparar el ejercicio de la acción fundada en él, consistente en que con el ejercicio de la acción se obtenga (o se pueda obtener) un beneficio. Este beneficio, que comenzó siendo económico, ha ido experimentando, a la par que el mismo concepto de legitimación, una ampliación progresiva, admitiéndose en la actualidad, como encaminados a obtener un beneficio, la defensa de intereses morales o de vecindad, o puramente de carrera o profesionales. Los límites hoy de este desarrollo de la legitimación se encuentran en que no se considera interés legítimo el mero interés por la legalidad.

Pues bien, la titularidad de acciones de AVANZIT, S.A. no atribuye un interés legítimo, ni económico, ni de cualquier otra clase, en la suspensión de su cotización, que es una medida contraria a la esencia misma de los valores caracterizados por su negociabilidad en bolsa. El interés de los accionistas es precisamente el contrario al mantenimiento de la suspensión, en cuanto les priva de la facultad de transmisión de las acciones o de adquisición de otras nuevas.

En este sentido, tenemos en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo, contenida en la reciente sentencia de fecha 18 de abril de 2007 (recurso de casación 5494/04), que indica que "...el criterio adecuado en términos generales es que, si bien no corresponde al accionista singular arrogarse la legitimación para recurrir en defensa de los intereses de la sociedad en la que participa, puede ostentar, en principio, un interés legítimo propio, distinto del de aquella sociedad, que le permita impugnar determinadas decisiones de la Comisión Nacional del Mercado de Valores cuando estas incidan negativamente en su situación jurídico-patrimonial, con independencia de las repercusiones que tengan en los ámbitos societario o contractual privado..." Y no cabe duda que ninguna incidencia negativa para el patrimonio del recurrente puede derivarse del alzamiento de la suspensión por la razón ya expuesta de que es una característica esencial de las acciones cotizadas su negociabilidad en los mercados de valores.

Tampoco la condición de Presidente del Consejo de Administración destituido, en virtud de los acuerdos adoptados en la Junta de accionistas de 26 de junio de 2003, ni la de inversor, otorga al recurrente legitimación activa para impugnar el Acuerdo de la CNMV de levantamiento de la suspensión de la cotización. Ni el Acuerdo de la CNMV de alzar la suspensión, ni eventualmente el Acuerdo contrario de mantener dicha suspensión de la cotización, tienen efecto modificativo alguno sobre la decisión de la Junta de accionistas de AVANZIT, S.A. de promover la acción de responsabilidad contra los administradores, ni sobre la consecuencia prevista por el artículo 134.2 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, de tener por destituidos a los administradores afectados. La vía para la impugnación de dicha destitución no es sino el ejercicio de la acción de impugnación de los acuerdos sociales, prevista en los artículos 115 y siguientes LSA, por lo que entendemos que la invocada condición de antiguo Presidente del Consejo de Administración, destituido como consecuencia de acuerdos de los accionistas, no se verá afectada en absoluto, ni en sentido positivo, ni en sentido negativo, por el acto administrativo impugnado sobre el levantamiento de la suspensión de la cotización de las acciones.

La condición de inversor, o como dice el propio recurrente en su demanda, el interés colectivo en el funcionamiento correcto de los mercados de valores, tampoco atribuye legitimación activa al recurrente, pues nos encontramos ante el vago interés en la defensa de la legalidad respecto del que expresamente ha señalado el Tribunal Supremo, en las sentencias antes citadas, que no puede considerarse un interés legítimo en los términos del artículo 31, letra c) LRJPAC.

Por tal razón, debemos declarar conforme a derecho la Resolución de la CNMV impugnada, desestimatoria del recurso de reposición, en cuanto niega al recurrente legitimación activa para impugnar el Acuerdo de 28 de julio de 2003, de levantar la suspensión cautelar de la negociación de las acciones de AVANZIT, S.A.

CUARTO.- A la conclusión de falta de legitimación del recurrente se une, a mayor abundamiento, que la suspensión de la cotización de las acciones fue acordada, en el presente caso, por la concurrencia de circunstancias especiales que podía perturbar el normal desarrollo de las operaciones, en virtud del artículo 33 de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), como resulta con claridad tanto de la fecha del acuerdo de la CNMV, de 27 de junio de 2003, que es la misma fecha en que se adoptaron

y comunicaron los acuerdos sociales de iniciar la acción de responsabilidad contra los administradores y no aprobación de las cuentas anuales, como de los escritos de la CNMV solicitando información (folios 5 a 7 del expediente) y del Acuerdo de la CNMV de 02/07/2003 (folio 13 del expediente). Este supuesto de suspensión no guarda ninguna relación con la suspensión de la negociación que pretende el recurrente, previsto en el artículo 13 del RD 1197/1991, de 26 de julio, para los casos de presentación de una solicitud de autorización de OPA, sin que en la demanda exista un solo argumento respecto de la procedencia o improcedencia del levantamiento de la suspensión en el marco del artículo 33 LMV.

En todo caso, y dejando claro que el Acuerdo impugnado se refiere a un supuesto de levantamiento de la negociación de unas acciones, en el ámbito de aplicación del artículo 33 LMV, resulta además que no puede considerarse infringido el artículo 13.4 RD 1197/91, como alega el actor en su demanda, porque ni existía ninguna oferta pública, ni concurrían los presupuestos para la realización de la misma, de acuerdo con el artículo 1 del RD 432/2003, ya que no consta que se hubieran producido adquisiciones de participaciones que alcanzasen los porcentajes que de acuerdo con el citado artículo 1 RD 432/2003 obligan a promover una oferta pública de adquisición de acciones, y, por otro lado, tampoco resulta, ni del expediente administrativo, ni de la prueba practicada en el presente recurso, que esté acreditada la concertación para la toma de control de la sociedad que la parte recurrente presupone por parte de los accionistas Sres. Don J.P.A, Don R.C.M. y la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia, que actuaron en la Junta de accionistas de 27 de junio de 2003 en el marco del ejercicio de su derechos a confirmar o remover los administradores de la sociedad por razón de su gestión.

QUINTO.- Todos los argumentos de la demanda se dirigen, como ya se ha dicho, contra la falta de un pronunciamiento de la CNMV sobre la obligatoriedad de lanzamiento de una OPA por determinados accionistas, sin que -como se ha dicho- estén acreditados los presupuestos que obligaban a promoverla. Al respecto debe añadirse, también a mayor abundamiento, que obran en el recurso, por acompañar al escrito del recurrente de 30 de julio de 2004, los escritos de la CNMV de 23 de marzo y 28 de mayo de 2004, en contestación a escritos del recurrente de 5 de marzo y 28 de mayo de 2004, esto es, todos ellos posteriores al acto impugnado en este recurso, e incluso posteriores al mismo escrito de interposición del recurso contencioso administrativo, en los que se aprecia que el recurrente dirigió a la CNMV, en el escrito de 05/03/2004, una petición expresa de un pronunciamiento sobre el lanzamiento de una OPA obligatoria, y que la CNMV entendió que dicho escrito incorporaba una denuncia por incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 60 y 61 de la ley 24/1988, de 28 de julio, en relación con las OPAS obligatorias, por lo que la CNMV inició las actuaciones correspondientes.

Como señala el Abogado del Estado en su contestación a la demanda, las consideraciones del recurrente sobre la procedencia de haber formulado la OPA deberán efectuarse, en el caso de que sean admisibles, en el procedimiento que el mismo ha instado a través de su escrito de denuncia a la CNMV de 5 de marzo de 2004, posterior al acto impugnado y a la interposición de este mismo recurso contencioso administrativo.

SEXTO.- 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 Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de Don A.L.G., contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 8 de septiembre de 2003, que declaramos conforme a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.