

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 10 DE JULIO DE 2015**

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº.:** 3262/2014  
**Ponente:** D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 24 de julio de 2014  
**Fallo:** Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a diez de Julio de dos mil quince.

**VISTO** el recurso de casación, registrado bajo el número 3262/2014, interpuesto por la Procuradora doña DSM, en representación de don JRF, con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo 8/2013, formulado contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de noviembre de 2012, que acordó aprobar e inscribir en los registros oficiales de dicho organismo 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. Ha sido parte recurrida la mercantil FUNESPAÑA, S.A., representada por la Procuradora doña MRG.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 8/2013, la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 24 de julio de 2014, cuyo fallo dice literalmente:

*«1º.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora señora DSM 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.» .*

La Sala de instancia fundamenta la decisión de desestimación del recurso contencioso-administrativo, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

*«[...] 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 2.014, 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 Fuenespaña, 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 2.014.*

*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 de 0,30 euros de 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 2.012 se registró en la CNMV escrito de don IER, 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 2.012 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 don AV, 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.*

*[...] 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 don IER 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 periclitamiento del mencionado motivo.*

*[...] 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 reproducimos 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.*

*[...] 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.*

*[...] 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 disipar 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.»*

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de don JRF recurso de casación, que la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional tuvo por preparado mediante diligencia de ordenación de 24 de septiembre de 2014 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Emplazadas las partes, la representación procesal de don JRF recurrente, compareció en tiempo y forma ante este Tribunal Supremo y, con fecha 4 de noviembre de 2014, presentó escrito de interposición del recurso de casación en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, concluyó con el siguiente SUPLICO:

*«que teniendo por presentado este escrito con los documentos que lo acompañan, se digne admitirlo y, previos los trámites oportunos, se dicte Sentencia por la que, estimándose el presente recurso de casación se revoque la sentencia recurrida y en consecuencia se declare:*

*- la nulidad de pleno derecho y, subsidiaria, anulación del Acuerdo de la CNMV de 15 de noviembre de 2012, por el que se autoriza la Nota de la ampliación de capital por*

50 M€ dejándola sin efecto. » .

**CUARTO.-** Por Providencia de fecha 2 de diciembre de 2014, se admite el recurso de casación interpuesto por don JRF contra resolución de fecha veinticuatro de julio de dos mil catorce, dictada por la Sección Sexta de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 8/2013 .

**QUINTO.-** Por diligencia de ordenación de 8 de enero de 2015, se acordó entregar copia del escrito de formalización del recurso a la Procuradora doña MRG, (en representación de la parte recurrida FUNESPAÑA, S.A.) a fin de que, en el plazo de treinta días, pudiera oponerse al recurso, lo que efectuó en escrito presentado el día 23 de febrero de 2015, en el que expuso los razonamientos que creyó oportunos y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

*«Que tenga por presentado este escrito, se sirva admitirlo y, en su virtud, tenga por formulada en tiempo y forma OPOSICIÓN AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por don JRF, contra la Sentencia de 24 de julio de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional, en los autos del procedimiento número 8/2013 y, rechazando todos los motivos de casación admitidos por la Sala, declare no haber lugar al citado recurso de casación, inadmitiendo o, en su defecto, desestimando todos sus motivos con la consiguiente firmeza de la referida Sentencia de instancia por su conformidad al ordenamiento Jurídico, con imposición de costas a la parte recurrente.».*

**SEXTO.-** Por providencia de fecha 21 de abril de 2015, se designó Magistrado Ponente al Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, y se señaló este recurso para votación y fallo el día 30 de junio de 2015, fecha en que tuvo lugar el acto.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat**, Magistrado de la Sala.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO.- Sobre el objeto y el planteamiento de los recursos de casación.**

El recurso de casación que enjuiciamos se interpuso por la representación procesal de JRF contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014, que desestimó el recurso contencioso-administrativo formulado contra el Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de noviembre de 2012, que acordó aprobar e inscribir en los registros oficiales de dicho organismo 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.

El recurso de casación se articula en la formulación de seis motivos de casación.

El primer motivo de casación, que se formula al amparo de los artículos 5.4 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por violación del derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24 de la Constitución, en su manifestación del derecho a un juez imparcial por incumplimiento de la Presidenta de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de la obligación de abstención regulada en el artículo 219.10 y 6 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

El segundo motivo de casación, que se formula también al amparo de los artículos 5.4 y 240 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por violación del derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, del artículo 24 de la Constitución, en su manifestación del derecho a la igualdad de armas en el proceso y la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.

El tercer motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la violación de los artículos 31.1 b) y c), 70, 79 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con el artículo 1223 del Código Civil y el artículo 24 de la Constitución.

El cuarto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la infracción del artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al incumplir de forma esencial los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1310/2004, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos.

El quinto motivo de casación se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, denuncia la violación del artículo 62.1 f) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al incumplir de forma esencial el artículo 63.1 del mencionado texto legal, en relación con el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, y el artículo 5 de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, que establece el principio de protección al inversor, reprochando a la Comisión Nacional del Mercado de Valores que haya incurrido en vía de hecho y desviación de poder.

El sexto motivo de casación, que se formula al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se fundamenta en la violación

del artículo 139.1 de la Ley jurisdiccional, ya que debe revocarse la condena en costas.

**SEGUNDO.- Sobre el primer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 24 de la Constitución, en su manifestación del derecho a un juez imparcial.**

El primer motivo de casación, fundamentado en la infracción del derecho a un juez imparcial, garantizado en el artículo 24 de la Constitución, que se sustenta en el argumento de que la Presidenta de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, que enjuició el recurso contencioso-administrativo, debió haberse abstenido, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 219.6 ° y 10° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no puede ser acogido, pues no apreciamos que el Auto del magistrado que resolvió el incidente de recusación haya quebrantado esta garantía esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y del derecho a un proceso justo y con todas las garantías, ya que, aunque ha realizado una aplicación excesivamente apegada a la literalidad de la referida disposición legal, que pudiera no resultar plenamente acorde con la doctrina del Tribunal Constitucional ni con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, sin embargo, no alcanzamos otra conclusión, puesto que hubiera sido necesario que la formulación de las causas de recusación de la referida Magistrada estuvieran precedidas de un sólido desarrollo argumental que evidencie que estaba en riesgo *«la apariencia de imparcialidad del Tribunal sentenciador»*.

Al respecto, esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo debe dejar constancia de la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la sentencia 140/2004, de 13 de septiembre, formulada en relación con el alcance del derecho fundamental a un juez imparcial, que garantiza el artículo 24.2 de la Constitución, que estimula el deber de los jueces y magistrados a apartarse del conocimiento de un asunto, sin esperar a que se les recuse, cuando incurran objetivamente en alguna de las causas de abstención previstas en el artículo 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pero también cuando existen dudas objetivamente justificadas que pongan de manifiesto que el juzgador no es ajeno a la causa, o permitan temer que por cualquier relación con el caso concreto no va a utilizar como criterio de juicio el previsto en la Ley, ya que no caben interpretaciones de las normas procesales que desvaloricen la dimensión garantista de este derecho fundamental, que constituye un elemento nuclear del respeto al derecho a un proceso justo y con todas las garantías.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Constitucional 149/2013, de 9 de septiembre, se afirma esta directriz subconstitucional en los siguientes términos:

*«[...] No basta que tales dudas sobre su imparcialidad surjan en la mente de la parte, sino que es preciso determinar caso a caso si las mismas alcanzan una consistencia tal que permitan afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas (por todas, STC 47/2011, de 12 de abril, FJ 9). Se hace necesario examinar las circunstancias del caso, en tanto que «la imparcialidad del Juez no puede examinarse in abstracto, sino que hay que determinar, caso por caso, si la asunción simultánea de determinadas funciones instructoras y juzgadoras puede llegar a comprometer la*

*imparcialidad objetiva del juzgador.» (STC 60/1995, de 16 de marzo, FJ 4, que acomoda la interpretación del mencionado derecho a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos) [...]».*

Asimismo, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sostenido en la sentencia de 10 de abril de 2003 (Caso Sigurdsson contra Islandia), que el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos garantiza el derecho de toda persona a que su causa sea juzgada por un tribunal independiente e imparcial, lo que implica que cualquier juez, respecto del que existen razones legítimas de temer una falta de imparcialidad, debe inhibirse, ya que está en juego la confianza que deben inspirar los tribunales de justicia en una sociedad democrática. Por ello, se afirma en esta sentencia, cómo el punto de vista de la parte afectada es importante pero no decisivo, es necesario analizar la consistencia de las pruebas objetivas aportadas para cuestionar la falta de imparcialidad, y, singularmente, valorar la naturaleza y extensión de la vinculación del juez o sus familiares con alguna de las partes del proceso, con el objeto de determinar si tiene o ha tenido interés directo o indirecto en la resolución del asunto y poder llegar a la conclusión de si era razonable temer que le falta la exigida imparcialidad.

Cabe, por último, poner de relieve que, según la doctrina del Tribunal Constitucional, para apreciar la lesión constitucional de la imparcialidad resulta suficiente que uno sólo de los magistrados de la Sala que enjuicia el caso esté incurso en causa de recusación, con independencia de que los demás magistrados del Tribunal no se encuentren incursos en ninguna.

**TERCERO.- Sobre el segundo motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 24 de la Constitución, en su manifestación del derecho a la igualdad de armas en el proceso y a la exigencia de motivación de las resoluciones judiciales.**

El segundo motivo de casación, en el extremo que denuncia la vulneración del derecho a la igualdad de armas en el proceso, no puede ser acogido, pues la circunstancia procesal de que la Sala de instancia procediera a suspender el plazo para dictar sentencia hasta que en el recurso 140/2013, seguido ante el mismo órgano judicial, se confiere trámite de alegaciones a Funespaña, no puede caracterizarse como quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las garantías de bilateralidad y contradicción que rige en el proceso contencioso-administrativo, ya que la resolución judicial cuestionada -Auto de 1 de junio de 2014- fue dictada para un mejor acierto de la decisión judicial, dada la conexidad existente en los referidos procedimientos judiciales.

Al respecto, cabe significar que la doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en la invocada sentencia de 24 de septiembre de 2007 (RA 4450/2003), no resulta aplicable a la controversia jurídica planteada en este proceso, pues en aquel estaba en juego la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso al recurso legalmente previsto, con base en la denuncia de que el Tribunal Contencioso-Administrativo había realizado una interpretación rigorista y desproporcionada de las normas procesales que le ha causado indefensión.

En relación con el extremo del motivo de casación, en que se reprocha a la Sala de

instancia que no razone sobre el hecho de que Funespaña conocía la existencia del recurso contencioso-administrativo 140/2014, tampoco puede ser acogido, pues se limita a cuestionar la exposición de los antecedentes de hecho realizada en la sentencia recurrida, sin justificar de forma convincente porqué se había producido la infracción del deber de los tribunales de motivar las resoluciones judiciales.

**CUARTO.- Sobre el tercer motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 105 de la Constitución, y de los artículos 31.1 b ) y c ), 70, 79 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.**

El tercer motivo de casación, fundamentado en la infracción del artículo 105 de la Constitución, y de los artículos 31.1 b ) y c ), 70, 79 y 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en relación con lo dispuesto en el artículo 1227 del Código Civil y el artículo 24 de la Constitución, no puede ser acogido, ya que observamos que en su sucinto desarrollo argumental se limita a cuestionar un hecho que considera acreditado la Sala de instancia, contenido en el apartado 6 del fundamento jurídico segundo de la sentencia, que refiere que *«En fecha 20 de septiembre de 2.012 se registró en la CNMV escrito de don IER, como mandatario de FUNESPAÑA, aportando dos copias de la nota de valores relativa a la ampliación de capital de FUNESPAÑA S.A.»*, que no estimamos sea revisable en casación, al tratarse de hechos deducidos del examen del expediente administrativo, que fueron recogidos en la sentencia dictada por ese órgano judicial el 12 de marzo de 2014, en el recurso contencioso- administrativo 190/2012, que no resulta determinante para la resolución del proceso.

**QUINTO.- Sobre el cuarto motivo de casación: la alegación de infracción de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, del Reglamento (CE) 809/2004, de la Comisión de 29 de abril de 2004, y del Reglamento Delegado (UE) 486/2012, de la Comisión de 30 de marzo de 2012.**

El cuarto motivo de casación, fundamentado en la infracción de los artículos 4 y 5 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, del Reglamento (CE) 809/2004, de la Comisión de 29 de abril de 2004, relativo a la aplicación de la Directiva 2003/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en cuanto a la información contenida en los folletos así como el formato, incorporación por referencia, publicación de dichos folletos y difusión de publicidad, y del Reglamento Delegado (UE) 486/2012, de la Comisión de 30 de marzo de 2012, por el que se modifica el Reglamento (CE) 809/2004 en lo que se refiere al formato y el contenido del folleto, del folleto de base, de la nota de síntesis y de las condiciones finales, en cuanto a los requisitos de información, debe ser inadmitido, tal como propugna el Letrado defensor de Funespaña, S.A. en su escrito de oposición, en cuanto apreciamos que en el desarrollo argumental de este motivo de casación la recurrente se limita a censurar que la sentencia impugnada *«haya omitido por completo*

*la ausencia de información en la Nota de ampliación de capital de los incumplimiento de Mapfre», por lo que está haciendo valer un vicio in procedendo, que debió formularse al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .*

Asimismo, cabe referir que si entendiésemos válida la articulación del motivo de casación al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la ausencia de una crítica razonable respecto de la infracción del artículo 5 del Real Decreto 1310/2005, de 4 de noviembre , por el que se desarrolla parcialmente la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en materia de admisión a negociación de valores en mercados secundarios oficiales, de ofertas públicas de venta o suscripción y del folleto exigible a tales efectos, determina que resulte procedente la inadmisión de este cuarto motivo de casación.

**SEXTO.- Sobre el quinto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, y del artículo 5 de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 , relativa a las ofertas públicas de adquisición.**

El quinto motivo de casación, que se sustenta en la infracción del artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores, y del artículo 5 de la Directiva 2004/25/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, relativa a las ofertas públicas de adquisición, debe ser también inadmitido, como propugna la defensa Letrada de la parte recurrida, en cuanto que observamos que el reproche casacional se fundamenta de forma sucinta en que *«la sentencia recurrida omite que la CNMV ha incumplido de forma esencial su obligación de defender al inversor, al autorizar una Nota de ampliación de capital que incumple los compromisos asumidos por Mapfre»*, lo que debió formularse al amparo del artículo 88.1 c) de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por infracción de las normas reguladoras de la sentencia.

**SÉPTIMO.- Sobre el sexto motivo de casación: la alegación de infracción del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.**

El sexto motivo de casación, fundado en la infracción del artículo 139 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que descansa en el argumento de que la Sala de instancia ha reconocido en la sentencia de 30 de julio de 2014 el incumplimiento por Mapfre de las obligaciones asumidas en el folleto, por lo que cabe concluir *«que todos los hechos expuestos en ésta son ciertos»*, lo que resulta determinante para revocar la condena en costas, debe ser desestimado, pues dicha disposición legal establece como regla general que las costas procesales de la instancia deben imponerse a la parte cuyas pretensiones hubiesen sido íntegramente desestimadas; y esto es precisamente lo que hace la sentencia recurrida al imponer las costas a la parte cuyo recurso contencioso-administrativo se desestima.

En consecuencia con lo razonado, al desestimarse íntegramente los seis motivos de

casación articulados, procede declarar no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don JRF, con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 8/2013.

**OCTAVO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, procede imponer las costas procesales causadas en el presente recurso a la parte recurrente.

A tenor del apartado tercero de dicho artículo 139 de la Ley jurisdiccional, la imposición de las costas podrá ser "*a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima*". La Sala considera procedente en este supuesto limitar la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, ha de satisfacer la condenada al pago de las costas, hasta una cifra máxima total de cuatro mil euros a la parte recurrida.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey, y en ejercicio de la potestad jurisdiccional que emana del Pueblo español y nos confiere la Constitución,

**FALLAMOS**

**Primero.- Declarar no haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de don JRF, con la asistencia de Letrado, contra la sentencia de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 24 de julio de 2014, dictada en el recurso contencioso-administrativo número 8/2013 .

**Segundo.- Efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación a la parte recurrente, en los términos fundamentados.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse por el Consejo General del Poder Judicial en la publicación oficial de jurisprudencia de este Tribunal Supremo, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.