

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE ABRIL DE 2024

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso núm.: 1511/2021
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 13 de mayo 2021.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diez de abril de dos mil veinticuatro.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional han promovido **D. JMS, D. LMS, MASAMPE S.L. y D^a. EMS, ARGADE S.L.** representados por la Procuradora **D^a. MLR** contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, CNMV**, representado por el abogado del Estado, siendo parte codemandada, **SILVER POINT CAPITAL MANAGEMENT LLC**, sobre **INACTIVIDAD** siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección, D. Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, CNMV, y es el rechazo (primero presuntamente y después por resolución adoptada en sesión celebrada el 13 de mayo de 2021) de la instancia presentada en su día por la hoy actora en orden a que se incoase un expediente para obligar a determinadas personas a formular una oferta pública de adquisición (opa) de las acciones de la sociedad presuntamente afectada.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual las partes por su orden concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 9-4-2024, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna el rechazo por la CNMV (primero presuntamente y después por resolución adoptada en sesión celebrada el 13 de mayo de 2021) de la instancia presentada en su día por la hoy actora en orden a que se incoase un expediente para obligar a determinadas personas a formular una oferta pública de adquisición (opa) de las acciones de la sociedad presuntamente afectada (Codere, SA) al haberse alcanzado el control de la misma, concurriendo así -en su tesis- un supuesto de opa obligatoria.

La demanda termina con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- La demandante pretende que se dicte un pronunciamiento que obligue a determinadas personas a presentar una opa sobre las acciones de Codere, SA al haberse producido -en su opinión- una situación de opa obligatoria (por toma de control) respecto de dicha sociedad.

El recurso no puede prosperar al ejercitarse una pretensión legalmente imposible porque: primero, no está contemplado legalmente un procedimiento de compulsión para forzar la presentación de una opa obligatoria en caso de incumplimiento por parte del obligado a formularla; y segundo, ha sobrevenido durante la sustanciación del presente recurso contencioso una circunstancia que haría imposible la tramitación de una opa obligatoria cual es la exclusión de negociación de las acciones de Codere, SA (en liquidación) de las Bolsas de

Valores. Las que acabamos de exponer son las razones principales que motivan nuestro fallo, y a ellas vamos a ceñir nuestra exposición.

Trataremos de ser claros y precisos, amén de congruentes, en cumplimiento del correspondiente mandato de las leyes procesales.

TERCERO.- El primer motivo de desestimación del actual recurso es la inexistencia legal de un procedimiento de compulsión para forzar la presentación de una opa obligatoria en caso de incumplimiento de los obligados a formularla (la parte interesada no promueve en el caso un expediente para constatar una situación de opa obligatoria, sino para forzar su presentación).

El ordenamiento jurídico es muy claro en cuanto a las consecuencias del incumplimiento de la obligación de presentar una opa obligatoria, y entre dichas consecuencias no está previsto forzar su presentación.

El artículo 132 del Real Decreto-Legislativo 4/2015 (TRLMV) establece las consecuencias del incumplimiento de la obligación de presentar una opa obligatoria, y estas consecuencias son dos: por una parte, el incumplimiento constituye una infracción muy grave [vid. artículo 280.1.a) del TRLMV], y, por otra parte, se previene para el infractor de dicha obligación la suspensión de los derechos políticos (sobre el alcance de dicha suspensión de los derechos políticos vid. el propio artículo 132 del TRLMV y además el artículo 27 del Real Decreto 1066/2007). Estas consecuencias que la legislación previene se consideran suficientemente disuasorias e impiden que la toma de control de una sociedad se implemente en la práctica.

En definitiva, no está previsto en el ordenamiento jurídico un mecanismo de compulsión para forzar la presentación de una opa obligatoria, que sería una obligación personal o personalísima, y siendo ello así la pretensión ejercitada en la demanda deviene legalmente imposible, lo que condena la suerte del presente recurso.

CUARTO.- El segundo motivo que determina la suerte desestimatoria de esta sentencia viene dado por la circunstancia notoria de la exclusión de cotización de Codere, SA (en liquidación) a partir de mayo de 2022 en virtud de un acuerdo de la CNMV, que decidió excluir de negociación de las Bolsas de Valores y del Sistema de Interconexión Bursátil las acciones de dicha sociedad (en liquidación).

Las opas están referidas a sociedades cotizadas, considerándose sociedades cotizadas aquellas cuyas acciones estén, en todo o en parte, admitidas a negociación en un mercado secundario oficial. Toda la regulación de las opas presupone que dichas ofertas versan sobre sociedades cotizadas. Así resulta de los artículos 128 y 137 del TRLMV así como de los artículos 1, 21.4, 22.1, 23, 24.2, 34.2, 35, 36, 37 y 38.3 del Real Decreto 1066/2007, cuyo texto damos por reproducido en aras a la brevedad.

Quiere decir lo anterior que la circunstancia sobrevenida de la exclusión de cotización de las acciones de Codere, SA (en liquidación) haría imposible una opa sobre sus acciones, y ello tanto por definición como por la imposibilidad de tramitar un procedimiento al respecto, cuyo procedimiento exige una serie de trámites que presuponen que se trate de una sociedad efectivamente cotizada.

QUINTO.- Los dos motivos que han quedado explicados justifican que la pretensión ejercitada en la demanda sea una pretensión legalmente imposible y sin amparo en el ordenamiento jurídico, haciéndola inviable, lo que determina, sin más circunloquios, la desestimación del actual recurso.

SEXTO.- La desestimación del recurso conlleva la imposición de costas (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Imponer las costas del proceso a la parte actora.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.