

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 24 DE ENERO DE 2006

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 461/03

Ponente: Dña. María Asunción Salvo Tambo

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

Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinticuatro de enero de dos mil seis.

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 461/03, se tramita a instancia de "A.M.A.T.", y de Don J.F.L. representados por el Procurador Don A.M.G. contra resolución de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de fecha 19 de junio de 2003, sobre autorización de la oferta de adquisición del capital social de Terra Networks S.A.; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado y habiendo intervenido en calidad de codemandada la sociedad TELEFÓNICA S.A. , representada por la Procuradora Dña. M.C.B.; siendo la cuantía del mismo indeterminada.

ANTECEDENTES DE HECHO

1.- La parte actora interpuso, en fecha 16 de julio de 2003 este recurso respecto del acto antes aludido, admitido a trámite, y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo: *"Que teniendo por presentado este escrito junto con los documentos que lo acompañan, se una al recurso de su razón, se tenga por formalizada la demanda por el procurador que suscribe, en nombre y representación de la "A.M.A.T.", procediendo a la tramitación del presente recurso por los trámites legales, dictando en su día sentencia en la que, estimando en todas sus partes este recurso, en impugnación de la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 19 de junio de 2003, por la que se acuerda: "Autorizar la oferta de adquisición dirigida al 100% de las acciones que componen el capital social de Terra Networks, S.A. admitidas a negociación en las Bolsas de Valores de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia y en el mercado Nasdaq National Market de los Estados Unidos e integradas en el Sistema de Interconexión Bursátil Español, formalizada ante esta Comisión Nacional del Mercado de Valores por Telefónica S.A. el día 28 de mayo de 2003, al entender ajustados sus términos a las normas vigentes y considerar suficiente el contenido del folleto explicativo presentado tras las modificaciones incorporadas con fecha 18 de junio de 2003. Al haber sido inmovilizadas 230.792.328 acciones representativas del 38,75% del capital social de Terra Networks, S.A. con el compromiso por su titular de no aceptar la oferta pública, esta se extiende de modo efectivo a la adquisición de 370.675.587 acciones de dicha sociedad a un precio de 5,25 euros que representan el 61,63 % de su capital social", y se declare la nulidad de la citada Resolución"*.

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: *"Que habiendo por recibido este escrito se tenga por contestada la demanda y previos los trámites legales dicte sentencia por la que se declare la inadmisibilidad del presente recurso o, subsidiariamente, sea el mismo desestimado, con expresa imposición de las costas a la recurrente"*.

3.- Mediante Diligencia de Ordenación de 12 de enero de 2004 se dio traslado a la Procuradora Dña. M.C.B., en representación de la codemandada TELEFÓNICA S.A., para que contestara la demanda, lo que hizo en tiempo; concretando su petición en el suplico de la misma en el que literalmente dijo: *"Que tenga por presentado este escrito, en unión de los documentos y de las copias que lo acompañan y con devolución del expediente administrativo, se sirva admitirlo, tenga por formulada la contestación a la demanda y, luego de la tramitación que en Derecho proceda, dicte sentencia por la que, acogiendo la fundamentación expuesta:*

1.º Declare la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo.

2.º Subsidiariamente desestime el recurso y declare la conformidad a Derecho del acto impugnado.

3.º En ambos casos, imponga a la actora las costas del procedimiento, dada su manifiesta mala fe y temeridad".

4.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto de fecha 17 de febrero de 2004, acordando el recibimiento a prueba con el resultado obrante en autos; tras lo cual siguió el trámite de conclusiones a través del cual las partes, por su orden, han concretado sus posiciones y reiterado sus respectivas pretensiones, quedando los autos pendientes de señalamiento, lo que se hizo constar por medio de providencia de 30 de julio de 2004 y, finalmente, mediante providencia de 2 de diciembre de 2005 se señaló para votación y fallo el día 10 de enero de 2006, en que efectivamente se deliberó y votó.

5.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- Se impugna en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de fecha 19 de junio de 2003, por la que se acuerda: *"Autorizar la oferta de adquisición dirigida al 100% de las acciones que componen el capital social de Terra Networks, S.A. admitidas a negociación en las Bolsas de Valores de Madrid, Barcelona, Bilbao y Valencia y en el mercado Nasdaq National Market de los Estados Unidos e integradas en el Sistema de Interconexión Bursátil Español, formalizada ante esta Comisión Nacional del Mercado de Valores por Telefónica S.A. el día 28 de mayo de 2003, al entender ajustados sus términos a las normas vigentes y considerar suficiente el contenido del folleto explicativo presentado tras las modificaciones incorporadas con fecha 18 de junio de 2003. Al haber sido inmovilizadas 230.792.328 acciones representativas del 38,75 % del capital social de Terra Networks, S.A. con el compromiso por su titular de no aceptar la oferta pública, esta se extiende de modo efectivo a la adquisición de 370.675.587 acciones de dicha sociedad a un precio de 5,25 euros que representan el 61,63 % de su capital social".*

2.- Pretenden los recurrentes, y así lo solicitan en su demanda, la anulación de la resolución impugnada alegando, en síntesis, que la CNMV, tras examinar el folleto presentado y la documentación adjunta, debía haber denegado la autorización de la oferta, por constituir, a juicio de los demandantes, un fraude de ley por pretender mediante la presentación de una oferta de reforzamiento del control en una sociedad cotizada, en la que el precio lo fija con libertad el oferente, conseguir los efectos de una OPA de exclusión, con desprecio del derecho que tienen los accionistas minoritarios de las compañías que cotizan en Bolsa, a recibir un trato equitativo y justo en los procesos de exclusión de la negociación. Y, por otra parte, entienden improcedente dicha autorización por razones formales, al no haberse aportado la información adicional necesaria según lo dispuesto en el artículo 17.1 del Real Decreto 1197/91; la OPA debió ser denegada, siempre a juicio de los demandantes, por carecer el folleto explicativo del contenido mínimo establecido en el artículo 15 del citado Real Decreto.

A lo que se opone el Abogado del Estado alegando, con carácter previo, la causa de inadmisibilidad del recurso del apartado c) del artículo 69 de la LJCA, al carecer la Asociación recurrente de capacidad procesal de la representación debida, o lo que es lo mismo, al no acreditarse por la misma el cumplimiento de los requisitos necesarios para accionar.

Subsidiariamente, se opone también a la estimación del recurso en cuanto al fondo, negando la existencia de fraude de ley, esto es de la utilización fraudulenta de la vía de autorización ordinaria de la oferta (artículo 60 de la LMV) para conseguir la autorización, en la práctica, de una OPA de exclusión, sin seguir los tramites previstos en el artículo 34 de la Ley y 7 del Real Decreto 1197/91 así como, de otro lado, mostrar su oposición sobre el alegado incumplimiento por parte de la CNMV de los requisitos exigidos por los artículos 12 y siguientes del Real Decreto 1197/91, en especial de su artículo 15, para la autorización en cuestión, todo ello tras realizar un exhaustivo análisis del folleto explicativo y de las adiciones requeridas por la CNMV.

Por su parte la codemandada excepciona también, en primer lugar, la falta de capacidad procesal de la asociación recurrente, con expresa invocación al artículo 69 b) de la LJCA, en relación con su artículo 45.2 d). En segundo término, alega la falta de legitimación activa "*ad causam*" de la actora. Y, en lo que concierne al fondo del asunto, niega la existencia de fraude de ley y afirma el cumplimiento de los requisitos formales establecidos en el Real Decreto 1197/1991.

Opuesta tanto por el Abogado del Estado como por la codemandada, en sus respectivas contestaciones a la demanda, la falta de capacidad procesal y de la representación debida por la Asociación recurrente, es preciso resolver, por razones de orden lógico procesal, lo atinente a esta causa de inadmisibilidad del recurso prevista en el apartado c) del artículo 69 de la LJCA en relación con su artículo 45.2 d).

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha sido constante en declarar que, en efecto, es preciso acreditar, si se niega por la parte contraria, que el accionante goza de personalidad jurídica, por haberse cumplido los requisitos legalmente establecidos para su válida constitución, al ser la personalidad presupuesto de la capacidad procesal. Pero además, es necesario, si se niega también de contrario como al presente acontece, que

se aporte la correspondiente prueba acreditativa de que el acuerdo para el ejercicio de acciones ha sido tomado por el órgano al que estatutariamente viene encomendada tal competencia y para autorizar a las personas que han de actuar en nombre y representación del ente colectivo (en este sentido las SSTS de 21 de marzo de 1996 y de 31 de marzo de 1998). El fundamento de estas exigencias, como ha señalado el propio Tribunal Supremo (STS de 31 de enero de 1997) estriba en que, al ser la jurisdicción *"rogada en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, lo primero que es necesario aclarar es si la persona jurídica interesada ha solicitado dicha tutela, lo que, a su vez, precisa que se tome el correspondiente acuerdo dirigido a tal fin, porque en otro caso se corre el peligro de que se origine un litigio no querido por la entidad que figure como recurrente"*.

Y si bien el defecto de acreditamiento del acuerdo y la falta de acreditación de haber sido adoptado por el órgano estatutariamente competente, como declara así mismo la citada jurisprudencia, es subsanable resulta que cuando, como también en el presente caso ocurre, la actora ha dispuesto del momento procesal oportuno para efectuar aquella acreditación, y no lo ha hecho, procedente resulta acoger la causa de inadmisibilidad del recurso interpuesto por la A.M.A.T., al no haberse dado cumplimiento por dicha recurrente a la exigencia procesal prevista en el artículo 45.2 d) de la LJCA.

En efecto, la actora acompañó a su escrito de proposición de prueba un ejemplar de sus Estatutos Sociales del que resulta (art. 16 b)) que es a su Junta Directiva a la que compete, entre otras facultades, la de *"tomar los acuerdos que sean necesarios en relación con la comparecencia delante de los organismos públicos y para ejercer todo tipo de acciones legales e interponer los recursos pertinentes"*. Dichos estatutos de la entidad, a la vez que se eligió su Junta Directiva, en la que se integran tres únicos asociados, fueron aprobados en la reunión constitutiva celebrada en Barcelona el 11 de marzo de 2003 por esas tres personas físicas; posteriormente, el 11 de julio de 2003, se celebró una Asamblea Extraordinaria de la Asociación a la que asisten sus tres únicos socios y miembros de la Junta para, aparte de aprobar el acta de la reunión anterior, autorizar al Presidente para que pueda otorgar poder general para pleitos, pudiendo dar facultades de renuncia, allanamiento, transacción; y unos días después el Presidente otorga ante Notario poderes para pleitos a favor de determinados procuradores, formalizándose, a continuación el día 16 de julio de 2003, el presente recurso contencioso-administrativo sin que, como recordábamos al dictar el auto sobre las medidas cautelares en su día solicitadas, constase entonces, ni tampoco ahora, inscrita Asociación en el Registro de la Generalitat de Cataluña.

Ante la falta, pues, de la acreditación de las facultades del Presidente para interponer el presente recurso contencioso-administrativo y la insuficiencia de un simple acuerdo adoptado por la Asamblea Extraordinaria de la Asociación para que el Presidente pueda otorgar poder general para pleitos, en lugar de un acuerdo expreso de la Junta Directiva con arreglo a los propios estatutos, sin que dicha falta haya sido subsanada en el momento procesal oportuno tras la contestación del Abogado del Estado y de la demandada, obligado resulta acoger la causa de inadmisibilidad del recurso interpuesto por la Asociación recurrente.

No obstante, como el recurso se interpuso también por Don J.F.L. en su propio nombre y derecho, respecto del cual también ha sido negada la legitimación causal por parte de la

codemandada, TELEFONICA S.A., por falta de acreditación de interés legítimo, una vez acreditado (certificado de la entidad bancaria donde tiene depositados los valores) que es, además de Presidente de aquella Asociación, accionista de TERRA no cabe negar dicha legitimación a éste último pues precisamente en su condición de accionista ostenta ese derecho o interés legítimo preciso a los efectos del artículo 19 de la propia LJCA.

De ahí, en suma, la procedencia de entrar a conocer del fondo del recurso interpuesto también por el Sr. Don J.F.L.

3.- Y dicho recurso, adelantémoslo, ha de ser desestimado pues ninguno de los alegatos que se contienen en la demanda han de obstar a la corrección de la autorización de la OPA formulada por TELEFONICA S.A. sobre el 100 % del capital de TERRA, por parte de la CNMV que es de lo que aquí se trata.

No cabe, en efecto, acoger la pretensión actora relativa a que la formulación de la oferta por TELEFONICA pretendía evitar la aplicación del artículo 34 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, que se refiere a la facultad de la CNMV de exigir la formulación por una sociedad cotizada de una oferta pública de adquisición sobre sus propias acciones, en el supuesto de que dicha sociedad haya solicitado la exclusión de la negociación de sus acciones de un mercado secundario oficial, sobre la pretendida existencia de un fraude de ley (art. 6.4 del Código Civil), fraude que desde luego no puede presumirse ni tener como base meras especulaciones, juicios de intenciones o valoraciones subjetivas del recurrente quien nada en absoluto ha probado al respecto. En este sentido, la pretendida aplicación del art. 7 del Real Decreto 1197/1991, norma que en la demanda se cita como norma defraudada, que dictada en desarrollo de lo dispuesto en el art. 34 de la LMV, regula la denominada oferta pública de adquisición en caso de exclusión de la negociación sujetando el proceso de exclusión de cotización al cumplimiento de una serie de requisitos para proteger, según el propio tenor del precepto, los intereses de los titulares de los valores, requiriéndose en todo caso para su aplicación que sea la propia sociedad cotizada, en este caso TERRA, la que acuerde su exclusión de la cotización, siendo, en definitiva, una oferta pública de adquisición formulada por la sociedad sobre sus propias acciones con la finalidad de amortizarlas, de ahí que deba extenderse a todas las acciones de la sociedad que solicita la exclusión, con la excepción de aquéllas que hayan quedado inmovilizadas, pudiéndose formular únicamente como compraventa, debiendo consistir en dinero la totalidad de la contraprestación y siendo la CNMV la que debe autorizar en todo caso el precio ofrecido en oferta de exclusión. Pero estos condicionantes no operan en las ofertas públicas de adquisición de acciones a la que refieren los artículos 60 de la LMV y 1 del Real Decreto citado al regular la oferta pública ordinaria que constituye, con arreglo al citado art. 60, la única vía para adquirir participaciones significativas en el capital de sociedades cotizadas.

En definitiva la OPA controvertida no fue una OPA de exclusión, a la que sí serían aplicables los invocados art. 34 de la LMV y 7 del Real Decreto 1197/1991, sino que fue una OPA ordinaria que se realizó cumpliendo los requisitos y el procedimiento establecido en los art. 60 de la LMV y 1 y concordantes del Real Decreto 1197/1991 que parten del principio de libertad del oferente para determinar el tipo de contraprestación ofrecida y el precio de la oferta a diferencia de aquellos otros preceptos reguladores de

la denominada oferta pública de adquisición en caso de exclusión de la negociación que no resultan aquí de aplicación.

4.- Finalmente tampoco la imputación que se hace en la demanda de infracción del art. 15 del citado Real Decreto 1197/1991, de 26 de julio, sobre Régimen de las Ofertas Públicas de Adquisición de Valores puede alcanzar el éxito pretendido acogida pues, en efecto, y contrariamente a lo que se alega en la demanda, un detallado examen del folleto explicativo presentando por TELEFONICA ante la CNMV con fecha 28 de mayo de 2003 revela el cumplimiento de las exigencias formales impuestas por dicho artículo 15 una vez cumplimentado el requerimiento realizado por la CNMV a TELEFONICA a través del Director de Mercados Primarios al amparo del artículo 15.2 del propio Real Decreto 1197/1991 que establece que *"2. El folleto podrá contener cualquier otra información que el oferente considere oportuno incluir. La Comisión Nacional de Mercado de Valores podrá exigir al oferente que incluya en el folleto cuanta información adicional estime necesaria, y que aporte la documentación complementaria que entienda conveniente. Así mismo, la Comisión podrá incluir en el folleto advertencias y consideraciones que faciliten su análisis y comprensión"*. El órgano supervisor formuló requerimiento a la codemandada para que procediera a incorporar determinada documentación complementaria y explicitar en el folleto explicativo una serie de informaciones adicionales al objeto de dotar a tal folleto de una mayor concreción de las condiciones de la operación, constando en el expediente administrativo la respuesta dada por la hoy codemandada quien formuló un nuevo borrador de folleto explicativo de la oferta, el 12 de junio de 2003, que, finalmente, sirvió de base a la autorización de la OPA, el 19 de junio siguiente.

5.- De todo lo anterior deriva la procedencia de declarar la inadmisibilidad del recurso interpuesto por la "A.M.A.T." y de desestimar el recurso interpuesto por el otro demandante, Don J.F.L. con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DECLARAR INADMISIBLE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la "A.M.A.T." y DESESTIMAR el interpuesto por la representación procesal de Don J.F.L., ambos contra la Resolución de la Comisión Nacional de Mercado de Valores de 19 de junio de 2003 a la que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.