

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 5 DE DICIEMBRE DE 2000

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 283/97
Ponente: Dª. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 26 de diciembre de 1996
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a cinco de diciembre de dos mil.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "F.J." y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.D.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 26 de diciembre de 1996, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso 40.000.000 pesetas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo por "F.J." y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.D.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 26 de diciembre de 1996, solicitando a la Sala, declare la nulidad, por no ajustada a Derecho, de la Resolución impugnada.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro 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.

TERCERO.- No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día treinta de noviembre de dos mil.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en estos autos la Orden del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 26 de diciembre de 1996, por la que se acuerda imponer a la hoy recurrente, la sanción de multa de treinta y cinco millones de pesetas como autora de la infracción prevista en el artículo 99 r) de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de

Valores y cinco millones por la comisión por el mismo título, de la infracción prevista en el artículo 99 p) del mismo Texto Legal.

SEGUNDO.- Se imputa por la Administración, como fundamento de la sanción impuesta a la recurrente; y no son negados por ésta, los siguientes hechos:

A) Entre noviembre y diciembre de 1990 la recurrente adquirió por donación pagarés, que posteriormente, en 1993, son convertidos en acciones de diversas empresas que participan en la entidad Naarden Internacional S.A. -que cotiza en Bolsa española-. La participación de tales empresas asciende al 21,954%, que unida a la que ostentaba la actora sobre la citada sociedad, supone el 46,674% del capital de Naarden Internacional S.A.

Posteriormente, en diciembre de 1993, y mediante una ampliación de capital, la recurrente pasó a ostentar el 51,69%, del capital de la citada sociedad.

B) Esta adquisición de acciones no fue comunicada a la Comisión Nacional del Mercado de Valores hasta 1994.

TERCERO.- El artículo 99 r) de la Ley 24/1988 tipifica como infracción muy grave: *"El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 60 y 61 de esta Ley"*. Por su parte el artículo 60 establece: *"Quien pretenda adquirir, en un solo acto o en actos sucesivos, un determinado volumen de acciones admitidas a negociación en una Bolsa de Valores u otros valores que directa o indirectamente puedan dar derecho a su suscripción o adquisición, y de esta forma llegar a alcanzar una participación significativa en el capital de la sociedad, no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición dirigida a todos los titulares..."*.

Del segundo de los preceptos transcritos se extraen las siguientes conclusiones:

A) Están obligados a promover la oferta pública de adquisición de acciones, cualquiera que tenga la intención de adquirir los títulos a que se refiere el precepto. Por ello, se engloba en la obligación, tanto las sociedades como las fundaciones -la norma no distingue-, y ello porque el bien jurídico tutelado por el precepto -los intereses de los accionistas y la transparencia del mercado-, puede ser afectado por cualquier entidad, sea cual fuere su forma jurídica, siempre que adquiera títulos de sociedades que coticen en Bolsa.

B) La adquisición no solo comprende acciones, sino cualquier título que pueda dar derecho a la adquisición de las mismas, por ello ha de entenderse incluida la adquisición de pagarés, porque indirectamente, a través de la conversión, han dado lugar a la adquisición de acciones.

C) Ahora bien, mayores problemas plantea la expresión contenida en el precepto "quien pretenda adquirir", en cuanto ha de determinarse si la misma engloba cualquier adquisición o tan solo las realizadas por título oneroso.

La recurrente sostiene que el precepto de aplicación solo comprende las adquisiciones a título oneroso, y ello se pone de manifiesto con la utilización del término “pretender”, puesto que hace referencia a una voluntariedad por el adquirente, de realizar tal adquisición, siendo tal voluntad la relevante y no la del transmitente. Tal es la interpretación que hemos de seguir.

Efectivamente, los términos utilizados por el precepto son claros al referirse a la voluntad de quien pretende realizar la adquisición, lo cual no ocurre con los actos de liberalidad en que la decisión parte del propio transmitente, y por ello los intereses afectados se controlan desde la propia entidad que va a realizar la transmisión. Y tal interpretación es además la seguida por el Real Decreto 1197/1991 de 26 de julio, sobre el régimen de ofertas públicas de adquisición, que desarrolla la anterior Ley -y que, obviamente, no restringe su ámbito por ser norma jerárquicamente inferior-, al determinar el ámbito de las mismas, referido a la adquisición a título oneroso -artículo 1º-. No siendo por tanto una adquisición a título oneroso, la entidad actora no tenía obligación de promover la oferta pública de adquisición y no ha incurrido en la conducta tipificada por el artículo 99 r) de la Ley 24/88.

Lo mismo podemos afirmar respecto de la ampliación de capital, operación esta que en aplicación de los preceptos citados, tampoco ha de ser sometida al régimen de la oferta pública de adquisición.

Que ello es así, se pone de manifiesto en la propia Resolución impugnada en la que se reconoce que el cambio en la titularidad de las acciones ha sido meramente formal, no material, ya que el control de la sociedad no se ha visto afectado, puesto que los accionistas mayoritarios siguen siendo las mismas personas físicas, lo que supuso que tampoco se provocaran alteraciones en los Consejos de Administración. Lo que en realidad ocurrió, fue una transferencia de acciones entre entidades del mismo grupo, realizada además a título lucrativo, lo que hace inaplicable el artículo 60 de la Ley 24/1988.

En cuanto al segundo de los cargos dispone el artículo 99 p) de la Ley citada: “La inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 de la Ley o la información con una demora respecto al plazo establecido, igual o superior a éste último”. El artículo 53 establece: “*Quien por sí o por persona interpuesta, adquiera o transmita acciones de una sociedad admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores y, como resultado de dichas operaciones, el porcentaje del capital suscrito que quede en su poder alcance o exceda los porcentajes del total capital suscrito que se establezcan, deberá informar... a la Comisión Nacional del Mercado de Valores...*”. Esta obligación se incumplió por la actora, incurriendo en la infracción prevista en el artículo 99 p), porque una cosa es que no exista obligación de promover la OPA, y otra muy distinta es el deber de información, que se recoge en el artículo 2 del Real Decreto 377/1991 de 15 de marzo respecto de las transmisiones y adquisiciones a título oneroso y gratuito, Real Decreto que desarrolla la Ley. Pues bien, el artículo 53 somete a la obligación de comunicar la adquisición, sin que exista base legal para sostener que se refiere solo a las onerosas, a las sociedades adquirentes y transmitentes, y la misma viene referida a la adquisición o transmisión de determinados porcentajes.

Tampoco exime de la obligación que no haya existido un cambio real en relación a los accionistas puesto que el precepto exige la información tanto en relación a adquisiciones por sociedades como por personas físicas, y la transferencia de acciones entre sociedades - aún dominadas por las mismas personas físicas-, ha de ser comunicada en los términos del artículo 53.

CUARTO.- En relación a la culpabilidad, es evidente que puede exigirse por negligencia, pues la entidad, a través de sus órganos rectores, debió asesorarse de forma suficiente a fin de establecer las obligaciones que sobre ella pesaban como consecuencia de la realización de las operaciones descritas; y es evidente, que ninguna duda racional puede albergarse sobre la obligación de comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de los términos previstos en el artículo 53 de la Ley 24/88. Respecto a la proporcionalidad de la sanción impuesta por el único cargo constitutivo de infracción, la Resolución ha considerado que la omisión de información fue subsanada en 1994, y por ello impone la sanción en un grado mínimo -5.000.000 pesetas-.

De lo expuesto resulta la estimación parcial del recurso y anulación del acto impugnado en lo que se refiere a la sanción por la falta de realización de oferta pública de adquisición, por no ser conforme a Derecho en tal extremo, confirmándolo en sus demás pronunciamientos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 131.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por F.J. y en su nombre y representación el Procurador Sr. Don J.D.G., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda de fecha 26 de diciembre de 1996, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en lo que se refiere a la sanción impuesta como consecuencia de la infracción contenida en el artículo 99 r) de la Ley 24/88, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos en tal extremo, confirmándola en sus restantes pronunciamientos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248.2 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen

a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.