

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE JULIO DE 1996**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

Recurso nº: 1957/93  
Ponente: D. Pascual Lambert Serrano Iturrioz de Aulestia  
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 septiembre de 1993 que confirma en reposición la Resolución del mismo Ministerio de 26 de abril de 1993  
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a dos de julio de mil novecientos noventa y 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 06 /0001957 /1993 se tramita a instancia de D. J.C.P.D. y M., S.A., representados por el Procurador Sr. D. M.A.B.A., con asistencia Letrada, contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de septiembre de 1993, sobre sanciones de 5 y 25 millones de pesetas de Ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo 30.000.000 de pesetas.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- Que la parte indicada interpuso en fecha 23 de noviembre de 1.993 este recurso respecto de los actos antes aludidos, y admitido a trámite, anunciada la interposición del mismo en el Boletín Oficial del Estado y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la demanda, en el que literalmente, dijo: "Que tenga por formulada demanda contenciosa administrativa, en tiempo y forma, contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 23 de septiembre de 1993 y en su virtud se revoque la misma dejándola sin efecto o en todo caso se reduzca a una cantidad más ajustada a derecho, con devolución del expediente".

SEGUNDO.- Que de la demanda se dio traslado al Sr. Letrado del Estado, quién 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 tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio, dictando, previos los trámites legales, sentencia por la que se desestime el presente recurso y confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho".

TERCERO.- Que las partes personadas en el momento procesal oportuno solicitaron el recibimiento a prueba del recurso, 06 /0001957 /1993 y fue denegado por auto de fecha 2 de noviembre de 1.995, siendo el siguiente trámite el de conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, han concretado sus posiciones, haciéndose señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 21 de junio de 1.996, en que efectivamente, se deliberó, votó y falló.

Vistos, siendo Ponente el lltmo. Sr. Presidente D. PASCUAL LAMBERTO SERRANO ITURRIOZ DE AULESTIA.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el recurso contencioso administrativo nº 1957/1993 la desestimación de 23 de septiembre de 1993 del recurso de reposición interpuesto por D. J.C.P.D. y por "M., S.A.", ésta representada por aquél, contra resolución de 26 de abril de 1993 dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a propuesta de la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, por la que se les imponen las sanciones de cinco y veinticinco millones de pesetas de multa, respectivamente. Y son elementos necesarios para el enjuiciamiento que el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores acordó, con fecha 30 de octubre de 1991, instruir expediente a D. J.C.P.D., por la presunta comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra r) de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores. Con fecha 24 de junio de 1992 el citado Consejo acordó ampliar el expediente a las Entidades "M., S.A." "I., S.A." y "C., S.L." por la misma presunta infracción.

SEGUNDO.- Son hechos declarados probados que TD, S.A., es una sociedad cuyas acciones están admitidas a cotización en Bolsa de Barcelona. Su capital social lo constituyen 665.000 acciones de 1.000 pesetas nominal, es decir, 665.000.000 pesetas. El 2 de agosto de 1989 se constituyó ante el Notario de Barcelona D. Elías Campo Villegas la entidad "M., S.A.", con un capital social inicial de 100.000.000 pesetas suscribiendo D. J.C.P.D. 89.997 acciones que representaban el 89,997% del capital social de la entidad; dicho capital fue ampliado posteriormente el 19 de junio de 1990 a 120.000.000 pesetas, suscribiendo éste 8.000 acciones más, con una participación actual directa del 81,66 % y una participación declarada del 90%. El 15 de diciembre de 1989, se procedió, entre otros acuerdos, a la modificación de los Estatutos Sociales de "M., S. A.", nombrándose Administrador Único de la misma a D. J.C.P.D., de acuerdo con la escritura otorgada ante el Notario de Barcelona anteriormente citado, el 28 de diciembre de 1989. El 9 de octubre de 1989, la sociedad "M., S.A." había adquirido 11.560 acciones de TD, S.A. representativas del 1,74% de su capital social. El 30 de noviembre de 1989, "M., S.A." adquirió 123.800 acciones de TD, S.A., representativas del 18,62% de su capital, con lo que su participación en la citada entidad ascendió al 20,36%, tal y como consta en la declaración de participaciones significativas realizada por "M., S.A." el 30 de noviembre de 1989, y en la correspondiente declaración realizada por D. J.C.P.D., en la misma fecha, como participación indirecta. El 28 de diciembre de 1989, "M., S.A." volvió a adquirir 23.208 acciones de TD, S.A., representativas del 3,49% adicional de su capital social, con lo que la participación adquirida por "M., S.A.", en dicha fecha, ascendió al 23,85%. El 28 de diciembre de 1990, D. J.C.P.D. adquirió 6.000 títulos de la entidad "I., S.A.", que representaban el 10% de su capital social; igualmente, acudió a la ampliación del capital realizada el 16 de mayo de 1991, suscribiendo 900 acciones adicionales, con una participación definitiva, después de ambas operaciones, del 6% de su capital social. El 28 de diciembre de 1990, D. J.C.P.D. adquirió 9.720 títulos de la entidad N.S.W., S.A., que representaban también el 6% del capital social de la misma; igualmente acudió, con posteridad, a la ampliación de capital de la entidad, suscribiendo 8.800 acciones, con una participación, en aquel momento, del 6% de su capital social. El 28 de diciembre de 1989, las sociedades "I., S.A." y N.S.W., S.A. habían adquirido, respectivamente, 56.000 y 94.000

acciones de TD, S.A., que representaban el 8,42% y el 14,13% del capital social de la entidad. El 9 de mayo de 1991, se constituyó ante el Notario de Barcelona D. Antonio Clavera Esteve, la entidad "C., S.L." con un capital social de 10.000.000 pesetas, suscribiendo D. J.C.P.D. 1.000 participaciones sociales, que representaban el 10% del capital social de la entidad, suscribiendo, posteriormente, 200 participaciones más, en la ampliación de capital realizada el 16 de mayo de 1991, con una participación final, en aquel momento, del 6%. El 16 de mayo de 1991, "M., S.A." adquirió el 45% de las sociedades N.S.W., S.A., "I., S.A." y "C., S.L.", pasando, en consecuencia, D. J.C.P.D. a controlar el 51% del capital de las mismas. Por último, en la misma fecha "M., S.A." compró y vendió 200 y 132.000 acciones, respectivamente, de TD, S.A., quedando con una posición final del 4,02%. Estas acciones vendidas por "M., S.A.", fueron adquiridas por las entidades "C., S.L." e "I., S.A.", 94.200 acciones la primera y 38.000 acciones la segunda. Con estas operaciones, D. J.C.P.D. redistribuía su posición accionarial en TD, S.A. (adquirida mediante las operaciones descritas en los puntos anteriores) quedando delimitada la situación resultante por las siguientes participaciones: primera: Indirecta del 4,02% a través de "M., S.A."; segunda: Indirecta del 14,16% a través de N.S.W., S.A.; tercera: Indirecta del 14,16% a través de "C., S.A."; cuarta: Indirecta del 14,14% a través de "I., S.A.". La participación indirecta anteriormente definida, del 46,48% del capital de TD, S.A. es la que declaraba poseer, en mayo de 1991, D. J.C.P.D.

TERCERO.- El 31 de marzo de 1993 tuvo entrada en la Comisión Nacional del Mercado de Valores solicitud de autorización para la realización de una Oferta Pública de adquisición (O.P.A) de valores de la entidad TD, S.A. promovida por "M., S.A.". Dicha oferta se dirigía al 100% de las acciones representativas del capital social de TD, S.A. pero teniendo en cuenta que los titulares de 540.097 acciones (representativas del 85,25% del capital social) se habían comprometido a no aceptarla, procediendo a la inmovilización de las mismas y que 26.778 acciones (representativas del 4,03% del capital social) ya eran propiedad de la Entidad oferente, la oferta, en definitiva, se dirigía al 14,76% del capital social de la Sociedad citada; el precio ofrecido por cada acción era de 2.000 pesetas; y no se sujetaba la oferta a ningún tipo de límite mínimo en cuanto al número de acciones a adquirir.

CUARTO.- La normativa aplicada descriptiva en su tipo de la conducta sancionada se establece en el art. 60.1 de la Ley del Mercado de Valores que dice: *"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 una sociedad, no podrá hacerlo sin promover una Oferta Pública de Adquisición dirigida a todos sus titulares"*. Interpretada a tenor de los preceptos complementarios como señala el propio Consejo cuando dice que esta interpretación se viene a corroborar, además, cuando se relaciona, en el plano sistemático, este artículo 60.1 de la LMV con el 53.1 del propio texto legal. En efecto, en el artículo 53.1 de la LMV se establece el deber de comunicación de la adquisición y transmisión de acciones que sobrepasen ciertos porcentajes (participaciones significativas) y, a este respecto, se establece en el inciso final de este párrafo primero, de forma además bien explícita: *"A fin de determinar la aplicación de dicha obligación, se considerará que pertenecen al adquirente o transmitente de las acciones todas aquellas que estén en poder del grupo, según la definición del mismo"*

*contenida en el artículo 4 de esta Ley, al que éste pertenezca o por cuenta del cual actué". Y por su parte, el artículo 4 de la LMV define el Grupo de manera que no da lugar a dudas sobre la pertinencia de la subsunción bajo tal concepto del supuesto aquí contemplado: "A los efectos de esta Ley, se considerarán pertenecientes a un mismo grupo las entidades que constituyan una unidad de decisión, porque cualquiera de ellas controle o pueda controlar, directa o indirectamente, las decisiones de las demás". Estableciendo a continuación una serie de presunciones legales, que revisten la consideración de presunciones "iuris et de iure", es decir, que no admiten prueba en contrario. En particular, se entenderá que existe, en todo caso, control de una entidad dominada cuando: " ... la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto de la entidad dominada, bien directamente, bien mediante acuerdos con otros socios de esta última".*

QUINTO.- En cuanto al contenido económico de la sanción debe tenerse en cuenta, como se señala en la Resolución recurrida que los sujetos sancionados decidieron formular la O.P.A. eludida al adquirir la participación significativa, antes de que les fuera impuesta la sanción, para beneficiarse de la circunstancia atenuante prevista en la letra f) del artículo 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, tal y como consta en la letra b) de la "Consideración jurídica" octava de la resolución. A este respecto, debe quedar claro que el artículo 14 del citado texto legal no impone que la subsanación sea anterior a la apertura del correspondiente expediente sancionador, aunque sólo en este supuesto puede apreciarse auténtico arrepentimiento espontáneo por la infracción cometida, no motivado por la apertura del expediente. Este es, sin duda, el criterio seguido por el Código Penal, cuyo artículo 9 establece como atenuante: " ...La de haber procedido el culpable antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y por impulsos de arrepentimiento espontáneo, a reparar o disminuir los efectos del delito...".

SEXTO.- Y por último como señala el Abogado del Estado debe rechazarse la alegación de falta de una norma sancionadora, toda vez que esta norma existe y está constituida por el art. 99 r) de la Ley 24/88, que considera infracción muy grave el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el art. 60 de la misma ley. Y además la norma del art. 60 de la Ley 24/88, por otra parte, se ve complementada por el R.D. 279/84, de 25 de enero, vigente en el momento de realizarse los hechos, que determinaba el porcentaje a partir del cual una participación debía considerarse significativa, y con la propia declaración del Sr. J.C.P.D, que había admitido que su participación indirecta en Sociedad TD, S.A. era del 46,48%, que, añadida a su participación directa, excedía del 50%.

Por todo ello debemos desestimar el recurso, sin imposición singular de costas.

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo nº 1957/1993 interpuesto por el procurador Sr. D. M.A.B.A. en nombre y representación de D.

J.C.P.D. y "M., S.A." contra la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 23 de septiembre de 1993 y en consecuencia debemos declarar y declaramos que es conforme con el Ordenamiento Jurídico.

Sin imposición singular de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la Ley Orgánica 6/1.985 de 1 de Julio, 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.