

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE MARZO DE 2003

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 7879/97

Ponente: D. Segundo Menéndez Pérez

Acto impugnado: Sentencia de 10 de junio de 1997, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de la Audiencia Nacional

Fallo: Parcialmente estimatorio

En la Villa de Madrid, a once de marzo de dos mil tres.

VISTO por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo el recurso de casación interpuesto por la mercantil "K. H., B.V.", representada por el Procurador Sr.V. M., contra sentencia de la Sección de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia, fecha 10 de junio de 1997, sobre sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores.

Se ha personado en este recurso, como parte recurrida, la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO, con la representación que le es propia.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo número 265/94 la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, con fecha 10 de junio de 1997, dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: "FALLAMOS: Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "K. H., B.V.", contra la Orden dictada el día 16 de marzo de 1994 por el Ministerio de Economía y Hacienda, descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, el cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia ha interpuesto recurso de casación la representación procesal de la mercantil "K. H., B.V.", formalizándolo, al amparo de artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción, en base a los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN:

1).- Infracción, por indebida aplicación, de los artículos 7, 1.218 y 1.253 del Código Civil en relación con los artículos 4 y 53 de la Ley de Mercado de Valores y del artículo del Real Decreto 377/91, sobre Comunicación de Participaciones Significativas, así como los artículo 9.3º y 25 de la Constitución.

2).- Infracción, por aplicación indebida, de los artículos 4 y 53 de la Ley de Mercado de Valores, del artículo 4 del Real Decreto 377/91, sobre Comunicación de Participaciones Significativas, de los artículos 3.1 y 4 del Código Civil y artículos 9.3º y 25.1º de la Constitución.

3).- Infracción de los artículos 98.p) y 102 de la Ley del Mercado de Valores en relación con el artículo 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, así como los artículos 9 y 25 de la Constitución.

4).- Al amparo del artículo 95.1.4º de la Ley de la Jurisdicción y del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por incurrir la sentencia en la infracción del principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitución.

Y termina suplicando a la Sala que dicte "... Sentencia por la se declare haber lugar al recurso, casar y anular la misma, estimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto en

su día, acordando de conformidad con las peticiones contenidas en el escrito de demanda de 1ª y única instancia Contencioso-Administrativa, con imposición de costas a la parte contraria”.

TERCERO.- El Abogado del Estado, en la representación que ostenta, se opuso al recurso de casación interpuesto de contrario y suplica en su escrito a la Sala “... dicte sentencia por la que, con desestimación del recurso, confirme la que en el mismo se impugna e imponga las costas causadas a la parte de conformidad con lo previsto en el Art. 102.3 LJCA”.

CUARTO.- Mediante Providencia de fecha 9 de enero de 2003 se señaló el presente recurso para votación y fallo el día 27 de febrero del mismo año, en cuya fecha han tenido lugar dichos actos procesales.

Siendo Ponente el Excmo. SR. D. SEGUNDO MENÉNDEZ PÉREZ.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- En el recurso contencioso-administrativo la mercantil “K. H., B.V.” impugnó la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 16 de marzo de 1994, que le había impuesto la sanción de multa de doscientos millones de pesetas por la comisión de una infracción muy grave comprendida en la letra p) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La conducta constitutiva de infracción que se describe en dicha letra es la consistente en *“La inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 de esta Ley o la información con una demora, respecto del plazo establecido, igual o superior a este último”*.

El párrafo primero de ese artículo 53 dispone, a su vez que: *“Quien, por sí o por persona interpuesta, adquiera o transmite acciones de una sociedad admitidas a negociación en alguna Bolsa de Valores y, como resultado de dichas operaciones, el porcentaje de capital suscrito que quede en su poder alcance o exceda los porcentajes de total capital suscrito que se establezcan, deberá informar, en las condiciones que se señalen, a la sociedad afectada, a las Bolsas en que sus acciones se negocien y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del porcentaje del capital suscrito que quede en su poder tras aquellas operaciones. Dichas entidades estarán obligadas a hacer públicas dicha información en la forma que se establezca y con las salvedades previstas en el artículo 91. A fin de determinar la aplicación de dicha obligación, se considerará que pertenecen al adquirente o trasmisente 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 actúe”*.

Ese artículo 4, en la redacción que tenía al tiempo de los hechos determinantes de la infracción (segundo semestre del año 1991), disponía lo siguiente:

“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.

Se entenderá, en todo caso, que existe control de una entidad dominada por otra dominante cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que 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.

b) Que la entidad dominante tenga derecho a nombrar o a destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, bien directamente, bien a través de acuerdos con otros socios de esta última.

c) Que al menos la mitad más uno de los consejeros de la entidad dominada sean consejeros o altos directivos de la entidad dominante o de otra entidad por ella dominada.

A efectos de lo previsto en los apartados anteriores, a los derechos de voto, nombramiento o destitución en ellos mencionados, se añadirán los que la entidad dominante posea, a través de las entidades dominadas, o a través de otras personas que actúen por cuenta de la entidad dominante, o de otras entidades por ella dominadas."

Por último, en este breve recordatorio de las normas en juego, ha de destacarse que el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, que entró en vigor el siguiente día 27 y que derogó expresamente la Circular 6/1989, de 15 de noviembre, de la Comisión Nacional de Mercado de Valores, dispone, en lo que ahora importa, lo siguiente:

Artículo 1º .1. "Las adquisiciones o transmisiones de acciones de Sociedades cotizadas que determinen que el porcentaje de capital que quede en poder del adquirente alcance el 5 por 100 o sus sucesivos múltiplos o, que el que quede en poder del trasmiteante descienda por debajo de alguno de dichos porcentajes, se comunicarán a la Sociedad afectada, a las Sociedades Rectoras de las Bolsas en que sus acciones estén admitidas a negociación y a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de acuerdo con lo establecido en el presente Real Decreto".

Artículo 4º. "Las comunicaciones a que se refiere el artículo 1 se efectuarán:

a) En todo caso, por el adquirente o trasmiteante directo de las acciones que con su propia participación alcance o descienda de dichos porcentajes, ya se trate de una persona física o jurídica, pública o privada, nacional o extranjera, ya adquiera transmita o posea por cuenta propia o ajena.

b) Por la Entidad, pública o privada, nacional o extranjera dominante de un grupo de Entidades, en el sentido de artículo 4 de la Ley 24/1988, que, en conjunto, alcancen o desciendan de los referidos porcentajes.

c) Por la persona física, nacional o extranjera, que controle, en el sentido de artículo 4 de la Ley 24/1988, una o varias Entidades, si sumando las participaciones de las que sea directamente titular y las de éstas, alcanza o desciende de los porcentajes señalados.

d) Por la persona física o jurídica que, en supuestos distintos de los contemplados en las letras anteriores, haya adquirido o transmitido a través de una persona interpuesta alcanzando o descendiendo de los porcentajes citado."

SEGUNDO.- De aquella resolución de 16 de marzo de 1994 son de interés, ahora, los siguientes particulares:

A) Pliego de Cargos.

Se relata en la resolución que en el pliego de cargos se imputaron los siguientes hechos, que recogemos ahora en lo que es relevante:

1. La sociedad inversiones "G. V., S.A." se constituyó en Barcelona el 22 de mayo de 1989, con un capital social de nueve mil pesetas.

2. El 28 de octubre de 1991 dicha mercantil realizó una ampliación de capital, suscribiendo la totalidad "G. T., S.A.", por lo que esta sociedad pasó a controlarla al detentar el 99.91 por ciento de su capital.

En la fecha anteriormente señalada, "G. T., S.A." declara estar controlada por la holandesa "K. H., B.V." y ésta reconoce ser la entidad dominante de "G. T., S.A." y poseer de forma directa el 39,72% del capital social de la compañía española.

Por tanto, "K. H., B.V." y "G. T., S.A." son, respectivamente y a efectos de la trascendencia de las inversiones del grupo en España, la entidad dominante extranjera y la filial española que controla las sociedades españolas del grupo.

3. "G. V., S.A.", es propietaria de 506.030 acciones de "P. I., S.A.", adquiridas en julio y agosto de 1991, representativas de un 5 por ciento del capital de la compañía.

4. "G. V., S.A.", "G. T., S.A." y "K. H., B.V." no han presentado comunicación de Participaciones Significativas a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la primera como titular directo de las acciones de "P. I., S.A." adquiridas y las dos últimas reconociéndose titulares indirectos de las acciones de "P. I., S.A." detentadas por "G. V., S.A."

B) Pliego de descargos de la actora.

Dice aquella resolución que las alegaciones contenidas en dicho pliego fueron las que a continuación reseña en síntesis, de las cuales recogemos ahora las que son de interés:

-[...] Que el Pliego de Cargos no ha tenido en cuenta la cronología de los hechos, debiéndose distinguir dos períodos en base a la fecha de 26 de mayo de 1992, en la que se produce el cese de los antiguos administradores del "G. T., S.A."

- Que es a partir de esa fecha y a través de los nuevos administradores que se empieza a tener conocimiento de determinadas operaciones, objeto de una investigación aún sin concluir... En particular, es entonces cuando se conoce que "G. V., S.A." era titular de una

participación en "P. I., S.A." y que tras una ampliación de capital, "G. T., S.A." se convirtió en accionista mayoritario en dicha sociedad, obligando a "K. H., B.V." la comunicación de la mencionada participación significativa.

- Que todos los hechos citados fueron puestos de manifiesto ante la Comisión en fecha 25 de enero de 1993, mediante escrito en el que manifestó, además, que se había decidido no concretar su posición respecto de las acciones de "P. I., S.A." hasta conocer el resultado de la investigación iniciada y el pronunciamiento de "G. T., S.A." La Sociedad ha perdido todo control efectivo al estar esta última dirigida por un administrador solidario y la Intervención Judicial.

- Que resulta evidente que la infracción atribuida a la Sociedad en el expediente sancionador lo será, únicamente, en la medida en que sea atribuible responsabilidad administrativa a "G. T., S.A." y "G. V., S.A.".

C) Alegaciones de la actora a la Propuesta de Resolución.

De las que se reseñan como tales en aquella resolución, interesa ahora destacar las siguientes:

"[...] Que de la Propuesta de Resolución se desprende que a "K. H., B.V." se le atribuye la condición de entidad dominante en el sentido del artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores en relación con "G. T., S.A." por tener una participación del 39,7% del capital de ésta y porque, de acuerdo con los datos que obran en la C.N.M.V., en especial por las declaraciones de participaciones significativas, "G. T., S.A." se declara como entidad dominada a los efectos del citado artículo 4 por "K. H., B.V."

En este sentido "K. H., B.V." niega que exista para la entidad obligación alguna de realizar declaraciones previstas en el Real Decreto 377/1991, de 15 de marzo, por carecer "K. H., B.V." de la condición de entidad dominante de "G. T., S.A.", al no cumplir la Sociedad los requisitos establecidos por el artículo 4 de la Ley del Mercado de Valores.

En este sentido, la participación de "K. H., B.V." en "G. T., S.A." (39,7%) no le otorga la mayoría de los derechos de voto de la sociedad, ni le permite designar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de administración de "G. T., S.A." y tampoco la mitad más uno de los Consejeros o altos directivos de la entidad dominante.

Añade la expedientada que existen en "G. T., S.A." otros accionistas que poseen una participación muy superior en su conjunto a la de "K. H., B.V." (60,3% frente a 39,7) y que además existe otro socio, "K. O. H., B.V." cuya participación es similar a la de "K. H., B.V."

Además, "K. H., B.V." no tiene acuerdos con otros accionistas que le permitan disponer de la mayoría de votos en las Juntas Generales de "G. T., S.A." contando con la participación de la propia "K. H., B.V." en "G. T., S.A."

[...] Finalmente dice la entidad que en las declaraciones realizadas por "K. H., B.V." en distintas sociedades, a través de "G. T., S.A.", no se hace manifestación sobre el carácter

de "K. H., B.V." como entidad dominante de "G. T., S.A.", sino se manifiesta que "K. H., B.V." posee el 39,7% de "G. T., S.A."

D) Prueba de la condición de entidad dominante atribuida a la actora.

Sobre este particular, se razona en aquella resolución como más significativo, lo siguiente:

[...] Que "K. H., B.V." controlaba en el período objeto de interés en el expediente las decisiones de "G. T., S.A." y por tanto era su entidad dominante, en el sentido del citado artículo 4, está totalmente acreditado atendiendo tanto al análisis del proceso de su entrada en "G. T., S.A." como a las propias declaraciones consecuentes de "K. H., B.V." derivadas de dicho proceso y de las obligaciones legales nacidas a su raíz.

Así, en diciembre de 1989, "K. H., B.V.", titular ya en ese momento del 39,7% del capital de "G. T., S.A." y "K. O. H., B.V." actuando concertadamente, formularon una oferta pública de adquisición, de forma conjunta y solidaria, sobre el 100 por 100 de las acciones de "G. T., S.A." con finalidad de toma de una posición dominante sobre esta, tal y como consta en el Folleto y demás documentación obrante en los Registros de la Comisión Nacional del Mercado de Valores y que fue elaborado por las sociedades oferentes.

[...] Siendo así, y ante el resultado positivo de la oferta puesto que en conjunto las sociedades oferentes pasaron a detentar el 72 por 100 del capital de "G. T., S.A.", la propia "K. H., B.V." se autodeclara como entidad dominante de aquella y, a los efectos de la legislación española sobre mercado de valores y de la trascendencia de las inversiones del grupo "K." en España, como entidad matriz extranjera de las filiales españolas del grupo.

En efecto, a partir de ese momento, presenta al Registro de acceso público de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, Declaraciones de Participaciones Significativas en varias sociedades españolas cotizadas ("E., S.A.", "E. C., S.A.", "P. I., S.A." etc.) que tienen en común la declaración de posesión indirecta de participaciones en dichas sociedades siempre a través de "G. T., S.A.", entidad declarada como controlada.

[...] Y así efectivamente resulta de la apreciación de los formularios de Comunicación de Participaciones Significativas presentados por "K. H., B.V." en la Comisión Nacional del Mercado de Valores, en los que, a diferencia de lo alegado por ella, no se informa simplemente de las participaciones de "K. H., B.V." en "G. T., S.A." y de ésta en sociedades cotizadas, sino de las participaciones indirectas ostentadas por "K. H., B.V." en sociedades cotizadas a través de sociedades por ella dominadas. En este caso, a través de "G. T., S.A." [...].

TERCERO.- La sentencia ahora recurrida en casación desestimó aquel recurso contencioso-administrativo, razonando, en síntesis y en lo que ahora es de interés, lo siguiente:

A) "[...] partiendo de la base de que a efectos de la Ley como se ha visto no es entidad dominante la que posee un porcentaje determinado de las acciones de otra sociedad, sino la

que reúne los requisitos del Art. 4 de la Ley 24/88, y puesto que la propia "K. H., B.V." se declaró dominante y no presentó ninguna otra declaración de sentido contrario, ni consta en las actuaciones, ni se alega que lo hubiera hecho otra hipotética sociedad en su sustitución, no puede concluirse, como sostiene, que perdió su condición junto con un porcentaje del capital social. Al tiempo, sostiene que las declaraciones realizadas en cumplimiento de los impuesto por el Real Decreto 377/91 sobre participaciones significativas no deben tenerse en cuenta porque 'debe primar siempre la realidad de los hechos sobre las declaraciones realizadas por los sujetos afectados'. Tal argumento pondría prosperas de haberse acreditado cual es la realidad de hechos que debe imponerse a sus propios actos, y que parece circunscribirse a determinadas operaciones con el capital de "G. T., S.A.", circunstancia que tampoco alegó en el procedimiento administrativo porque según señala en el escrito de demanda prefirió reservarse su posición sobre si debía o no realizar alguna declaración de participación significativa... Es perfectamente admisible que ante la incoación de un expediente sancionador prudentemente prefiera no realizar declaraciones autoinculpatorias, pero no puede pretender que el Tribunal considere como prueba de unos hechos tal ausencia de pronunciamientos cuando en cumplimiento de sus obligaciones legales había declarado reiteradamente lo contrario.

En resumen: la actora sostiene que fue dominante, pero dejó de serlo cuando dejó de tener el porcentaje del 39,69 del capital para pasar a detentar el 18,16, por lo que a partir de esa fecha no está obligada a efectuar comunicaciones como la litigiosa y no puede imponerse la sanción controvertida.

Sin embargo, con anterioridad a esa fecha se había declarado dominante ante la CNMV, y con posterioridad efectuó declaraciones de participaciones como sociedad dominante; tampoco comunicó como relevante a estos efectos, las nuevas mayorías en las titularidades accionariales".

B) Tanto "G. T., S.A." como "K. H., B.V." incumplen su propia obligación como sociedad dominante. La primera como dominante de "G. V., S.A.", adquirente de una participación superior al 5% del capital social de "P. I., S.A." Y la segunda como dominante de la primera. A ambas alcanza el deber de información, pues el bien jurídico protegido es la transparencia del mercado. La Comisión debe tener conocimiento de la secuencia completa de las sociedades que son dominantes, nacionales y extranjeras, sin excluir a la dominante final, ni a la que como filial domina un grupo de sociedades españolas.

C) Finalmente, la actora propugna una interpretación de artículo 102 de la Ley 24/88 en cuya virtud el porcentaje de recursos propios debería calcularse teniendo en cuenta el cifra de estos a la fecha de dictarse la resolución del expediente, no, como ha tenido en cuenta la Comisión Nacional de Mercado de Valores, a 31 de diciembre de 1991. Tal interpretación conlleva dejar al arbitrio de los afectados la cuantía de las multas, con la consiguiente inseguridad jurídica. Al tiempo, la sanción va vinculada a la infracción, es decir, a la fecha de comisión de ésta, no a la fecha en que finalice un expediente o unas diligencias.

CUARTO.- El primero de los motivos de casación formulado, al igual que los restantes, al amparo de artículo 95.1.4º de la anterior Ley de la Jurisdicción, denuncia la infracción, por indebida aplicación, de los artículos 7, 1.218 y 1.253 del Código Civil, en relación con

los artículos 4 y 53 de la Ley del Mercado de Valores y 4 del Real Decreto 377/91, así como los artículos 9.3º y 25 de la Constitución.

Dicho en síntesis, se razona en el motivo que la sentencia recurrida:

1).- Al extraer la conclusión de que la actora ostenta la condición de sociedad dominante de "G. T., S.A.", choca frontalmente contra la regla de la lógica incorporada como precepto legal en el artículo 1.253 del Código Civil, que exige un enlace preciso y directo conforme a las reglas del criterio humano entre el hecho o los hechos demostrados y aquellos que se tratan de deducir.

2).- Al aplicar la teoría de los propios actos a las declaraciones efectuadas por la actora, contraría el principio de buena fe reconocido en el artículo 7 del Código Civil, dado que éste exige que aquélla no se aplique en contra de la realidad de los hechos.

3).- No respeta el valor probatorio que la Ley otorga al documento público, conculcando así el artículo 1.218 del Código Civil, pues quedó acreditado en autos mediante documentos de tal naturaleza que en julio de 1991 "G. T., S.A." amplió su capital social y que, como consecuencia, la participación de la actora en él se redujo al 18,2%.

4).- No hace, como debe, una interpretación restrictiva de las normas sancionadoras, pues condena en base a una presunción extraída, a su vez, de unos hechos presumidos, conculcando con ello los artículos 9.3º y 25.1º de la Constitución.

QUINTO.- El motivo ha de ser desestimado, para lo que bastaría, en realidad, con remitirnos, y así lo hacemos, a los razonamientos que se contienen en el cuarto de los fundamentos de derecho de la sentencia recurrida. En todo caso, ésta no incurre en las infracciones que el motivo le imputa: a) porque no descansa realmente en la prueba de presunciones para llegar a la conclusión afirmativa de la condición de sociedad dominante atribuida a la actora, sino, más bien, en pruebas directas, como son la propia conducta y las propias manifestaciones de ésta; b) porque la deducción que realiza, fijándose en especial en el análisis de la OPA conjunta y solidaria formulada por la actora y por "K. O. H., B.V.", y en las declaraciones efectuadas por la primera, tanto antes como después del cambio accionarial a que se refiere el motivo, es de todo punto lógica, debiendo, por ello y por ser producto de la función de valoración de la prueba atribuida al Tribunal de instancia, ser respetada en este recurso extraordinario de casación; c) porque se hace supuesto de la cuestión cuando se afirma que la realidad de los hechos es distinta y que, por ello, la aplicación de los propios actos se torna contraria al principio de la buena fe; d) porque la sentencia recurrida no niega ese cambio en la participación accionarial, ni puede, por tanto, haber vulnerado la fuerza probatoria de los documentos públicos que lo acreditan; y e) porque de nuevo se hace supuesto de la cuestión cuando se parte de la ausencia de prueba de los hechos constitutivos de la infracción para afirmar, como consecuencia la vulneración del principio de interpretación restrictiva de las normas sancionadoras y de los artículos 9.3 y 25.1 de la Constitución.

SEXTO.- El segundo de los motivos de casación denuncia la infracción, por aplicación indebida, de los artículos 4 y 53 de la Ley del Mercado de Valores, 4 del Real Decreto 377/1991, 3.1 y 4 del Código Civil y 9.3º y 25.1º de la Constitución.

En síntesis, lo que en él se razona es que no resulta procedente condenar a la actora y al "G. T., S.A.", por el mismo hecho, pues aquel artículo 4 del Real Decreto citado habla de la sociedad dominante en singular. Además, la finalidad de la norma es la transparencia de los mercados de valores, en el sentido de dar a conocer a los diversos sujetos que en él intervienen la auténtica y real titularidad, el propietario último, de determinados valores frente a la apariencia de titularidad. Por lo que la finalidad de la norma en cuestión es la de imponer la sanción por infracción del deber de comunicación a la sociedad dominante última y no a todas las sociedades dominantes que tuviesen algo que ver con la adquisición de participaciones de sociedades cotizadas en Bolsa.

SÉPTIMO.- El motivo debe ser desestimado, pues amen de la anomalía que supone razonar como lo hace para afirmar que es improcedente, no la sanción impuesta a "G. T., S.A.", sino a la propia actora, es lo cierto que en sentencia de esta misma fecha, dictada en el recurso de casación número 4.979 de 1998, en el que la actora y recurrente en casación era dicha mercantil "G. T., S.A.", hemos rechazado el argumento que se defiende en el motivo, razonando los siguientes:

"[...] para la adecuada interpretación de las normas en las que se contempla quien o quienes están obligados a suministrar la información de que se trata, no ha de olvidarse: A) que el bien jurídico que se pretende proteger al imponer tal obligación lo es el de la transparencia del mercado (a través del conocimiento de hechos y circunstancias relevantes para la evaluación de los valores afectados) y su finalidad la de incrementar el grado de ésta (así, en el preámbulo del Real Decreto 377/91); lo cual, claro es, quedará garantizado con la plenitud deseable si dicha obligación, en principio, se predica de todas y cada una de las entidades que tengan asumida una posición dominante; sin perjuicio, tal vez y a modo de excepción, de que las singulares circunstancias de un caso en concreto hagan innecesaria una doble o múltiple información (perdiendo su razón de ser, por ende, la obligación impuesta) cuando aquel bien jurídico hubiera quedado plenamente preservado con otra ya realizada; lo cual no es el caso, desde el momento en que ninguna de las tres sociedades concernidas ("G. V., S.A.", "G. T., S.A." y "K. H., B.V.") cumplieron el deber de información en tiempo hábil. Y B) que si la Circular 6/1989, de 15 de noviembre, de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, expresamente derogada por el Real Decreto 377/1991, predicaba la obligación de comunicar para la "la filial española que controle las restantes Sociedades españolas del grupo" en el caso de que la entidad dominante final fuera una sociedad extranjera no cotizada en España, no sería congruente con aquella finalidad de incrementar el grado de transparencia, una interpretación según la cual, tras la entrada en vigor de tal Real Decreto, dicha filial quedara eximida de la obligación en tal caso. En este sentido, no es nada desacertado lo que se razona en la resolución administrativa de 16 de marzo de 1994 al decir: "Es importante señalar aquí que desde el punto de vista de la trascendencia de la ocultación al mercado de la participación poseída por "G. V., S.A.", es la ausencia de declaración del "G. T., S.A.", lo que presenta mayor relevancia ya que... es la cabeza visible en España de un conjunto de sociedades cotizadas y, por tanto, el aspecto esencial a efectos de información para cualquier potencial inversión consistía en conocer que, en realidad, la participación en la cotizada "P. I., S.A.", había sido adquirida indirectamente por "G. T., S.A."...".

"Si al elemento interpretativo que acabamos de hacer referencia, que no es otro que el de la finalidad de la norma, añadimos el elemento de su tenor literal, la conclusión no debe ser otra que la ya adelantada, pues el artículo 4.b) del Real Decreto 377/1991 señala que es la cualidad

de dominante de la entidad, ya sea ésta pública o privada, nacional o extranjera, la que determina la obligación de comunicar. [...]”.

OCTAVO.- El tercero de los motivos denuncia la infracción de los artículos 98, párrafo segundo, y 102 de la Ley del Mercado de Valores, en relación con el artículo 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, así como los artículos 9 y 25 de la Constitución.

En síntesis, se razona que:

1).- A la actora se le ha puesto una sanción equivalente al 4,76% de sus recursos propios a 31 de diciembre de 1991, siendo así que el máximo de la sanción establecido en aquel artículo 102 es el “5% de los recursos propios de las entidades”; es decir, se le ha impuesto una sanción prácticamente en su grado máximo, sin que concurra ninguna de las circunstancias de las previstas para agravar el ilícito en aquel artículo 14, al que se remite el párrafo segundo del artículo 98.

2).- Además, la justificación ofrecida en la sentencia recurrida no es correcta, pues considera la condición de sociedad dominante de la actora no sólo como elemento constitutivo del ilícito sino, también, como hecho agravante.

3).- Tampoco se comprende porque se le impone a la actora una sanción porcentualmente superior que la impuesta a “G. T., S.A.”, cuando a esta última sociedad correspondía el deber directo de declarar.

4).- Por fin, la interpretación correcta del apartado a) de aquel artículo 102 aboga porque los recursos propios a tomar en consideración sean los existentes en el momento en que la sanción adquirió firmeza y no los existentes en la fecha en que se cometió la infracción.

NOVENO.- Este último argumento no puede ser compartido, pues se aviene mejor a los principios de seguridad jurídica, proporcionalidad de la sanción y proscripción de las conductas fraudulentas, y no conculca los criterios de interpretación de las normas jurídicas, que la cifra de recursos propios a que se refiere aquel artículo 102 a), para aplicar a ella el porcentaje determinante de la cuantía de la multa, lo sea la existencia en el ejercicio en que se cometió la infracción.

Pero si hemos de compartir el argumento de que no es tal la circunstancia de especial agravación que se aprecia para la actora, tanto en la resolución administrativa como en una sentencia recurrida, y que determina para una sanción que es, por comparación, más grave que la impuesta a la mercantil “G. T., S.A.”.

En efecto, se dice en el fundamento de derecho noveno de la resolución administrativa, y se repite, aunque en otros términos pero con igual significado, en el sexto de la sentencia recurrida, que debe apreciarse especial agravación en la conducta de “K. H., B.V.”, *“en cuanto entidad que controlaba las decisiones de “G. T., S.A.”, por lo cual a su responsabilidad directa por sus propias decisiones debe añadirse responsabilidad indirecta por las decisiones de “G. T., S.A.”.*

Por ello no se subsume en ninguno de los criterios a que se refiere el artículo 14.1 de la Ley 26/1988 (aplicable por la remisión que a él hace el artículo 98 de la Ley 24/1988) para determinar la sanción aplicable. Y conlleva, además, que la conducta omisiva de la sancionada se tome en consideración tanto para afirmar la infracción como para agravarla.

No hay, pues, ni en la resolución administrativa ni en la sentencia recurrida, la expresión de una razón jurídica que justifique que la multa impuesta a la actora sea comparativamente más grave que la que fue impuesta al "G. T., S.A.", equivalente, para ésta, al 3,54% de sus recursos propios.

En conclusión, este motivo (y, por derivación, el cuarto y último, que denuncia, precisamente, la infracción del principio de igualdad recogido en el artículo 14 de la Constitución por esa razón de que la multa impuesta a la actora es comparativamente más grave que la impuesta al "G. T., S.A.") deben ser acogidos para, situados ya en la posición procesal descrita en el artículo 102.1.3º de la anterior Ley de la Jurisdicción, rebajar la sanción a imponer a la actora a la multa de CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTAS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTAS PESETAS (148.644.600 pesetas), equivalente, salvo error, al 3,54% de sus recursos propios en el momento de la comisión de la infracción (4.199 millones de pesetas).

DÉCIMO.- En aplicación de lo dispuesto en el artículo 102.2 de la anterior Ley de la Jurisdicción, no procede hacer especial imposición de las costas causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

Por lo expuesto, en nombre de su Majestad el Rey, y en ejercicio de la potestad de juzgar que emanada del pueblo español, nos confiere la Constitución.

FALLAMOS

HA LUGAR al recurso de casación que la representación procesal de la mercantil "K. H., B.V." interpone contra la sentencia que con fecha 10 de junio de 1997 dictó la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 265 de 1994. Sentencia que, por lo tanto, casamos, dejándola sin efecto. Y en su lugar:

PRIMERO.- Estimamos en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de dicha mercantil contra la resolución del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 16 de marzo de 1994, que anulamos sólo en el particular de la cuantía de la multa impuesta, pues ésta debió quedar fijada en CIENTO CUARENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTAS CUARENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTAS PESETAS (148.644.600 pesetas). Y

SEGUNDO.- En cuanto a las costas procesales, no hacemos especial imposición de las causadas en la instancia, debiendo cada parte satisfacer las suyas en cuanto a las de este recurso de casación.

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.