

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 22 DE JULIO DE 2004

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº: 2713/01
Ponente: Manuel Campos Sánchez-Bordona
Acto impugnado: Sentencia de 5 de diciembre de 2000, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional
Fallo: Desestimatorio

En la Villa de Madrid, a veintidós de julio de dos mil cuatro.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2713/2001 interpuesto por la ADMINISTRACION DEL ESTADO, representada por Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 5 de diciembre de 2000 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 283/1997, sobre infracción de la Ley del Mercado de Valores; es parte recurrida la "F. J.", representada por el Procurador Don J. D. G.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La "F. J." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 283/1997 contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de diciembre de 1996 por la que se acordó:

"1. Imponer a la "F. J." una multa por importe de 35.000.000 ptas. (treinta y cinco millones de pesetas) por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra r), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 60 de la misma, por no haber formulado la preceptiva Oferta Pública de Adquisición de Valores en el capital de "N. I., S.A."

2. Imponer a la "F. J." una multa por importe de 5.000.000 ptas. (cinco millones de pesetas) por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 53 de la misma, por haber omitido la comunicación de participaciones significativas en el capital de "N. I., S.A."

3. Declarar la no existencia de la segunda infracción muy grave comprendida en el artículo 99, letra r), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 60 de la misma, por no haber formulado la preceptiva Oferta Pública de Adquisición de Valores en el capital de "N. I., S.A."

SEGUNDO.- En su escrito de demanda, de 16 de junio de 1997, alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó se dictase sentencia "por la que se acuerde el archivo del expediente sancionador por no concurrir en la "F. J." a la que represento ni los presupuestos de hecho objetivos ni el elemento subjetivo del tipo de las infracciones imputadas en la propuesta de resolución o subsidiariamente se aprecien los fundamentos contenidos en el presente escrito y se gradúe la sanción a partir de la recepción técnicamente correcta del concepto de recursos propios, de modo que se fije una sanción por un importe que se ajuste a los mismos".

TERCERO.- El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 3 de septiembre de 1997, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala dictase sentencia "confirmando íntegramente la resolución impugnada, por ser conforme a Derecho".

CUARTO.- No habiéndose recibido el pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 5 de diciembre de 2000, cuya parte dispositiva es como sigue: *“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”.*

QUINTO.- Con fecha 26 de julio de 2001 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 2713/2001 contra la citada sentencia, al amparo del siguiente motivo fundado en el artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional: Único: Por infracción de los artículos 99 r) y 60 de la Ley del Mercado de Valores.

SEXTO.- La “F. J.” presentó escrito de oposición al recurso y suplicó su desestimación con la imposición de las costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Por providencia de 7 de mayo de 2004 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 14 de julio siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. MANUEL CAMPOS SANCHEZ-BORDONA, Magistrado de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 5 de diciembre de 2000, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la “F. J.” contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 26 de diciembre de 1996 en cuya virtud se habían impuesto a aquella fundación dos sanciones administrativas por sendas infracciones tipificadas en el artículo 99, letras p) y r), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

El tribunal de instancia anuló la primera de dichas sanciones y confirmó la segunda, debatiéndose en este recurso de casación presentando por el Abogado del Estado solamente la parte de la sentencia cuyo pronunciamiento había sido favorable a la “F. J.” recurrente. Ha ganado firmeza, pues, la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda en cuanto a la segunda de las sanciones, esto es, la impuesta en aplicación del artículo 99, letra p), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, por no haber comunicado la fundación recurrente su toma de participaciones significativas en el capital de “N. I., S.A.”.

El debate procesal se limita, en consecuencia, a decidir si la Sala de instancia debió o no anular –como en efecto hizo- la sanción de treinta y cinco millones de pesetas que fue impuesta a la recurrente por no haber formulado una oferta pública de adquisición de valores en el capital de “N. I., S.A.”, conducta que el Ministerio de Hacienda consideró como infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra r), de la Ley 24/1988, en relación con el artículo 60 de dicha ley.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia partió de que los hechos imputados *“por la Administración, como fundamento de la sanción impuesta a la recurrente, y no negados por ésta”*, eran los siguientes:

“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 “N. I., 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 “N. I., 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”.

La narración de los hechos debe ser completada con otras circunstancias a las que la propia Sala de instancia daría ulteriormente una singular trascendencia a los efectos de calificar jurídicamente la conducta sancionada. Sobre ellos volveremos al examinar el motivo único del recurso de casación.

TERCERO.- Previamente es oportuno transcribir los preceptos legales y reglamentarios sobre cuya aplicación versó el recurso contencioso-administrativo. En cuanto a los primeros, se trata de los artículos 99, letra r), y 60 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

a) El artículo 99 de dicha Ley dispone que *“constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: {...} r) El incumplimiento de las obligaciones establecidas en los artículos 60 y 61 de esta Ley.”*

b) El artículo 60 de la Ley, por su parte, dispone que *“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”*. El precepto remite al desarrollo reglamentario, entre otros extremos, la fijación de la *“participación que tendrá la consideración de significativa; las reglas y plazos de cómputo de la misma, tomando en consideración las participaciones directas e indirectas”*.

Por su parte, el apartado primero del artículo 1 del Real Decreto 1.197/1991, de 26 de julio, sobre el régimen de ofertas públicas de adquisición, dispone que *“toda persona física o jurídica (en lo sucesivo, ‘oferente’), que pretenda adquirir a título oneroso, en un solo acto o en actos sucesivos, acciones de una Sociedad (en lo sucesivo, ‘Sociedad afectada’), cuyo capital esté en todo o en parte admitido a negociación en Bolsa de Valores, u otros valores tales como derechos de suscripción, obligaciones convertibles, ‘warrants’ o cualesquiera instrumentos similares que puedan dar derecho directa o indirectamente a la suscripción o adquisición de aquéllas, para de esta forma llegar a alcanzar, junto con la que ya se posea, en su caso, una participación significativa en el capital con derecho de voto de la Sociedad emisora de dichos valores, títulos o instrumentos no podrá hacerlo sin promover una oferta pública de adquisición en los términos previstos en el presente Real Decreto.”*

CUARTO.- A partir de los hechos que consideró probados, el tribunal de instancia analizó si, conforme a lo dispuesto en el artículo 99, r) de la Ley 24/1988, podía considerarse que en este caso se había producido el incumplimiento de las obligaciones establecidas en el artículo 60 de aquélla. Se detuvo en la exégesis del citado artículo 60 en relación con el artículo primero de la disposición reglamentaria que lo desarrolla, obteniendo dos conclusiones relevantes.

a) La primera se refería a la expresión contenida en el citado artículo 60 *“quien pretenda adquirir”*. La Sala se preguntaba si dicha expresión *“{...} engloba cualquier adquisición o tan sólo las realizadas a título oneroso”* y optó por la segunda de las interpretaciones, que fundamentó en estos términos:

“{...} La recurrente sostiene que el precepto de aplicación sólo 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 1.197/1991, 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 1-. No siendo por tanto una adquisición a título oneroso, la entidad actora no tenía obligación de promover la oferta pública de adquisiciones 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 adquisiciones”.

b) La segunda de las conclusiones se refería a unos hechos que, admitidos por el Ministerio de Hacienda como elementos determinantes de la atenuación de la multa, fueron considerados por la Sala de instancia como obstativos a la calificación de la infracción:

"{...} En la propia Resolución impugnada {...} se reconoce que el cambio en la titularidad de las acciones ha sido meramente forma, 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 supone 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".

La referencia al contenido del acuerdo ministerial recurrido debe entenderse hecha al apartado de éste en que el Ministerio – siguiendo las indicaciones del Comité Consultivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que ya había subrayado este extremo – afirmó lo siguiente:

"Asimismo, respecto de la elusión de oferta pública de adquisición, y en relación con la posibilidad de aplicar los criterios establecidos en los apartados a) y b) del artículo 14 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, es necesario resaltar que las adquisiciones de participaciones significativas en el capital social de "N. I., S.A." no supusieron un efectivo cambio de control en la misma. En efecto, durante la tramitación del presente procedimiento se ha puesto de manifiesto que "N. I., S.A." es una sociedad que, aunque admitida a negociación, su capital social estaba básicamente controlado, antes y después de la elusión de oferta pública de adquisición, por las mismas personas físicas o jurídicas. En este sentido, se observa que determinados miembros del Patronato de la "F. J." eran ya consejeros de "N.I.,S.A." y de las sociedades "C.", "P." y "M.", con anterioridad a la conversión de los pagarés a que hace referencia el apartado A) de los Hechos Probados. Además el consejo de administración de "N.I., S.A." continuó con la misma composición que la que tenía antes de que se produjeran los hechos constitutivos de la infracción. Se trataría, en consecuencia, de una infracción que produce sus efectos más en un plano formal que material, ya que no se ha podido apreciar, en la práctica, un cambio de control cierto e, igualmente, tampoco se ha podido apreciar que existieran perjudicados por la actuación de la "F. J."

QUINTO.- El recurso de casación que formula el Abogado del Estado, limitado a un motivo único, lo ha sido al amparo del artículo 88.1 d) de la Ley Jurisdiccional y en él se afirma que la Sala de instancia ha incurrido en la infracción de los artículos 99 r) y 60 de la Ley del Mercado de Valores.

La representación del Estado parte de la premisa de que la entidad sancionada pasó a controlar en la sociedad cotizada, sin haber formalizado la preceptiva oferta pública de adquisición, el porcentaje del 51,69% desde el del 24,72% que controlaba inicialmente. Resultado que consiguió a través de tres operaciones sucesivas: la aceptación de los pagarés en 1990; su conversión ulterior en acciones de las sociedades que los habían emitido, en 1993, lo que implicaba tomar el control de dichas sociedades; y, finalmente, la suscripción de la ampliación de capital de "N. I., S.A."

A su juicio, en primer lugar, el artículo 60 de la Ley 24/1988 no se refiere exclusivamente a las adquisiciones a título oneroso de valores negociables sino también a las adquisiciones gratuitas (donaciones, adquisiciones hereditarias), pues *"son negocios jurídicos que implican voluntariedad del adquirente"*.

Sostiene, en segundo lugar, que hubo realmente una adquisición a título oneroso desde el momento en que la "F. J." aceptó convertir sus pagarés en acciones de las sociedades que los habían emitido. A su juicio, el canje de pagarés por acciones fue un negocio jurídico *"completamente voluntario y oneroso"* en cuya virtud la entidad sancionada adquirió conscientemente el control de una participación en el capital de "N. I., S.A." que le obligaba a presentar la correspondiente oferta pública de adquisición de acciones.

Consideraciones estas –y sólo éstas– en cuya virtud afirma que la sentencia recurrida ha infringido los preceptos ya referidos.

SEXTO.- El motivo de casación, expuesto en estos términos, contiene argumentos claramente rechazables frente a otros, al menos, discutibles. Es rechazable en cuanto que incluye entre los factores determinantes de la obligación de promover la oferta pública no sólo la pretensión de adquirir a título oneroso acciones de sociedades cotizadas u otros valores negociables, sino también las adquisiciones gratuitas de dichos valores llevada a cabo mediante donaciones o adquisiciones hereditarias. El hecho de que en estos últimos casos existan, sin duda, negocios jurídicos que implican la voluntariedad del adquirente no basta para generar aquella obligación, circunscrita en términos claros por el antes transcrito artículo 1 del Real Decreto 1.197/1991 a las adquisiciones de valores a título oneroso. El silencio del Abogado del Estado sobre esta disposición reglamentaria, que fue relevante en la tesis de la sentencia impugnada, no deja de ser significativo.

El motivo tiene mucha más consistencia cuando trata de desvirtuar la apreciación del tribunal de instancia respecto al carácter oneroso de la adquisición de acciones finalmente producida en este concreto caso, a resultas de la cual se produjo el incremento ya reseñado en la participación accionarial que la "F. I." sancionada tenía en el capital de "N. I., S.A.". Si ciertamente la primera de las operaciones (para el defensor del Estado, más bien la primera fase de una operación unitaria instrumentada en tres etapas) fue una donación, negocio a título meramente lucrativo, consideramos cuando menos discutible excluir la onerosidad en el canje de los pagarés (objeto de la donación) por acciones de las sociedades obligadas a su pago.

Ocurre, sin embargo, que, cualquiera que fuese la solución que diésemos a este problema, su incidencia en el resultado final del litigio sería irrelevante. Pues, según ya hemos destacado en el fundamento jurídico cuarto, la Sala de instancia consideró inaplicable el artículo 60 de la Ley 24/1988 porque *"lo que en realidad ocurrió, fue una transferencia de acciones entre entidades del mismo grupo, realizada además a título lucrativo"*, argumento esencial que no combate el Abogado del Estado en casación.

En efecto, el tribunal sentenciador subrayó que, con independencia de la cuestión relativa al carácter oneroso o lucrativo de los negocios jurídicos expuestos, la inaplicabilidad del artículo 60 de la Ley 24/1988 derivaba de que no se habían alterado materialmente las posiciones accionariales "reales", antes y después de aquellos negocios jurídicos, del "grupo" de entidades participante en el capital de "N. I., S.A.".

La referencia que la sentencia hacía a la parte del acuerdo sancionador en que, siguiendo la propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, se ponían de

manifiesto estos extremos, permitía a la Sala de instancia concluir que no se había producido *“un cambio de control”* cierto en la sociedad cotizada, hecho éste que a su entender bastaba para excluir la obligación de promover la oferta pública de adquisición de acciones.

La conclusión se basaba, insistimos, en hechos admitidos por la propia Administración, esto es, que el capital social {de “N. I., S.A.”} estaba básicamente controlado, antes y después de la elusión de oferta pública de adquisición, por las mismas personas físicas o jurídicas; que su consejo de administración continuó con la misma composición antes y después de la toma (formal) de participación, y que no hubo accionistas minoritarios perjudicados por la actuación de la “F. I.” Hechos que a la Administración le sirvieron para atenuar el importe de la sanción pero que, a juicio de la Sala de instancia, tenían una significación más relevante hasta el punto de excluir la antijuridicidad de la conducta sancionada.

Dicha conclusión contiene elementos jurídicamente discutibles y podía haber sido impugnada en casación, lo que no se ha producido. La omisión en el recurso del Abogado del Estado de toda referencia a esta cuestión nos impide, por lo tanto, someter a revisión en sede casacional una de las dos claves de la sentencia que planteaba sin duda problemas importantes. No era el menor el de apreciar si resulta obligatoria la oferta pública de adquisición de acciones incluso en los casos en que un mismo grupo societario modifica, a través de negocios jurídicos entre sus diferentes personas jurídicas integrantes, las posiciones accionariales de unas y otras en una tercera sociedad cotizada, a resultas de lo cual una de aquellas personas jurídicas (“filial” del grupo) asume en sí el conjunto de participaciones significativas. Problema que, a falta de otros elementos y ausentes los perjuicios para los accionistas minoritarios, podría resolverse o bien atendiendo a consideraciones formales (esto es, al mero dato formal de que se ha producido una “adquisición” de valores por una persona jurídica distinta de quien los tenía) o bien atendiendo a que el mero cambio de titularidad de acciones en el seno de quien ya ostentaba realmente el poder de control de la sociedad cotizada no atenta a la finalidades y razones que determinaron la introducción en nuestro ordenamiento de las ofertas públicas obligatorias de adquisición de acciones.

No habiéndose, pues, planteado objeción alguna por parte del Abogado del Estado a la parte de la sentencia que, basada en el argumento expuesto, concluía en la inaplicabilidad del artículo 60 de la Ley 24/1988, el recurso no podría prosperar incluso en el caso de que acogiésemos en parte el motivo de casación que ha sido formulado. Fuera o no fuera onerosa la adquisición de acciones por conversión de los pagarés, quedaría incólume la parte de la sentencia en que se rechaza la aplicación del tipo sancionador por otras razones sustantivas.

En estas condiciones, el recurso de casación no puede ser estimado. Y procede la condena en costas conforme prescribe el artículo 139.2 de la Ley Jurisdiccional.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

FALLAMOS

No ha lugar al recurso de casación número 2713/2001, interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Sexta) de la Audiencia Nacional de 5 de diciembre de 2000, recaída en el recurso número 283 de 1997. Imponemos a la parte recurrente las costas de este recurso.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.