

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 10 DE JUNIO DE 1997<sup>1</sup>**

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

Recurso nº: 265/1994  
Ponente: Dña Mercedes Pedraz Calvo  
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 16 de marzo de 1994  
Fallo: Desestimatorio

---

<sup>1</sup> Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003.

En Madrid a 10 de junio de 1997

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha interpuesto el Procurador de los Tribunales Don V.V.M. en nombre y representación de "Kk.H., B.V." frente a la Administración del Estado defendida y representada por el Sr. Abogado del Estado contra la Orden dictada por el Ministerio de Economía y Hacienda el 16 de marzo de 1994 en materia relativa a infracción de la Ley del Mercado de Valores con una cuantía de 200.000.000 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrada Dña. Mercedes Pedraz Calvo.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- La representación procesal indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia mediante escrito de fecha 20 de abril de 1994 dictándose por la Sala Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó la demanda, mediante escrito presentado el 17 de marzo de 1995, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia: "por la que, estimando íntegramente la pretensión de mi mandante, se anule la Orden Ministerial objeto del presente recurso, y subsidiariamente, para el caso de no proceder a dictar tal declaración, se acuerde modificar la propuesta de sanción a "Kk.H., B.V." teniendo en cuenta la diferencia de su conducta con la de otros posibles infractores y estableciendo la sanción, que en su caso se proponga, en los términos previstos por el apartado a) del art. 102 de la Ley del Mercado de Valores, es decir, en un porcentaje (máximo del 5%) de los recursos propios de mi representada al tiempo que la sanción adquiera firmeza, o, en su caso, en un grado inferior al grado máximo impuesto y ello al amparo de lo dispuesto en el art. 14 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, con expresa imposición de costas a la parte demandada en cualquiera de los casos."

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma, y tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró oportunos, terminó suplicando la desestimación del recurso.

CUARTO.- La Sala dictó Auto el 13 de julio de 1995 acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora con el resultado obrante en autos.

QUINTO.- Las partes por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

SEXTO.- La Sala dictó Providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del día 4 de junio de 1997 en que se deliberó y votó habiéndose observado las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la Orden dictada el día 16 de marzo de 1994 por el Ministerio de Economía y Hacienda a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se resuelve el expediente sancionador seguido contra "Kk.H., B.V.", hoy actor, y otros, 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 Orden declara cometida la infracción e impone por la comisión de la misma una sanción a la hoy recurrente de doscientos millones de pesetas.

SEGUNDO.- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue: 1º) el criterio defendido por la Administración de que la actora es en 1991 a efectos de la trascendencia de las inversiones del grupo la entidad dominante extranjera en España no se ajusta a derecho; 2º) no procede sancionar a "Kk.H., B.V." y a "G.T., S.A." por un mismo hecho; y 3º) la sanción impuesta es desproporcionada y arbitraria.

El Abogado del Estado por su parte contesta alegando la caducidad de la demanda, con remisión a la resolución impugnada a los efectos relativos al fondo del asunto.

TERCERO.- Entrando a examinar el motivo de caducidad alegado por el Abogado del Estado, se comprueba que la Providencia dando veinte días de plazo para contestar a la demanda se notifica el día 25 de octubre de 1994, presentándose la demanda el día 19 de noviembre. Pues bien, como acertadamente señala la actora en su escrito de conclusiones, era ese el último día del plazo, al contarse éste en días hábiles, y haber sido inhábiles además de los domingos (30 de octubre y 6 y 13 de noviembre) el día 1 de noviembre y el día 9 de noviembre, según el Real Decreto 123/93 de 23 de Diciembre, publicando el calendario de días festivos y laborables. En consecuencia debe rechazarse tal motivo de caducidad.

CUARTO.- La actora sostiene que en los meses de julio y agosto de 1991 no era sociedad dominante de "G.T., S.A.", porque si bien hasta entonces había sido efectivamente titular de un 39,72 % del capital social de dicho Grupo, a partir de la fecha de 8 de julio de 1991 se amplió el capital social y su participación pasó a ser del 18,2 %, frente al 59,5 % de "Ko.H., B.V."

El art. 4 de la Ley del Mercado de Valores establece que: "*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.*"

Como se ha acreditado en el expediente y no ha sido negado por la actora, en diciembre de 1989 "Kk.H., B.V." que ya entonces era titular del 39,7 % del capital de "G.T., S.A." y "Ko.H., B.V.", actuando concertadamente, formularon una OPA conjunta y solidaria sobre el cien por cien de las acciones de "G.T., S.A."; OPA informada favorablemente por el consejo de administración de "G.T., S.A." con el argumento de que "*significa la consolidación de la presencia de nuestro principal grupo accionario en la misma*". Tras el resultado positivo de dicha OPA, la ahora actora se autodeclaró "entidad dominante" de "G.T., S.A." y presenta al Registro de la CNMV declaraciones de participaciones significativas en varias sociedades españolas cotizadas. Esas participaciones son indirectas a través de "G.T., S.A." declarada como controlada.

Por lo tanto, 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.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 lo 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 podría prosperar 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 relevantes a estos efectos, las nuevas mayorías en las titularidades accionariales.

Resulta en consecuencia que la sociedad actora se ha hecho acreedora de la sanción impuesta, que debe mantenerse con desestimación de este motivo de recurso.

QUINTO.- Las alegaciones actoras relativas a la improcedencia de sancionar por incumplir la obligación de comunicación a "G.T., S.A." y a "K.k.H., B.V." no pueden prosperar, por ser la primera dominante de "I.G.V., S.A." (adquirente de una participación superior al 5 % del capital social de "P.I., S.A." ), y la segunda dominante de la primera. Cada una de las dos incumple su propia obligación como entidad dominante: "G.T., S.A." como dominante de la sociedad que ha adquirido el porcentaje relevante del capital social, y "K.k.H., B.V." como dominante "final", utilizando términos no estrictamente jurídicos. Ambas son entidades dominantes, si bien en distintos escalones, y a ambas alcanza la obligación de información, pues el bien jurídico protegido es la transparencia del mercado y solamente queda garantizada si todos los datos que la Ley considera relevantes son comunicados. Este Tribunal considera que la interpretación de ambos preceptos, tanto el art. 4 de la Ley del Mercado de Valores, como el art. 4 del Real Decreto 377/91 sobre Comunicación de participaciones significativas en sociedades cotizadas, no puede efectuarse en el sentido reductor que propugna la actora, debiendo tener la Comisión 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.

SEXTO.- En cuanto a la proporcionalidad de las sanciones, la Comisión detalla en la Resolución impugnada (pág. 19) que la culpabilidad de la actora está agravada (a los efectos de graduar la cuantía de la sanción dentro del límite del 5 % de los recursos propios impuesto por la Ley) porque al dominar a "G.T., S.A.", tenía la posibilidad de haber al menos informado respecto de la situación de esta en relación con "I.G.V., S.A.".

Finalmente, la actora propugna una interpretación del art. 102 de la Ley 24/88 en cuya virtud el porcentaje de recursos propios debería calcularse teniendo en cuenta la cifra de éstos a la fecha de dictarse la Resolución del expediente, no, como ha tenido en cuenta la Comisión Nacional del Mercado de Valores, a 31 de Diciembre de 1991.

Este Tribunal considera que no existe precepto ni dato alguno que permita llegar a la conclusión que defiende la actora, interpretación que conlleva dejar al arbitrio de los afectados la cuantía de las multas, con la consiguiente inseguridad jurídica. Al tiempo, resulta muy difícil precisar cuando finaliza un expediente, si cuando se dicta la resolución administrativa primera, o la que pudiera dictarse en reposición, o las posibles resoluciones judiciales; al tiempo, la sanción va vinculada a la infracción, es decir, a la fecha de comisión de esta, no a la fecha en que finalice un expediente o unas diligencias.

La Ley ha previsto en los casos en que la infracción produce beneficios directos tomar como referencia la trascendencia real o potencial del acto infractor; por lo tanto, si no es posible medir los beneficios de ese acto, y debe medirse subsidiariamente el alcance (como es el caso) debe atenderse al momento de realización de la infracción como situación equivalente.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación de la Resolución recurrida, por su conformidad a derecho.

SÉPTIMO.- No se aprecian razones que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 pfo. 1 de la Ley Jurisdiccional, justifiquen la condena al pago de las costas.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de pertinente aplicación,

## **FALLAMOS**

Que debemos desestimar y desestimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "Kk.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, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar expresa condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 párrafo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.