

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 9 DE JUNIO DE 1997¹

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª.

Recurso nº: 267/94
Ponente: Dª Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 16 de marzo de 1994
Fallo: Desestimatorio

¹ Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2003.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en estos autos la Resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 16 de Marzo 1994, por la que se acuerda imponer a la hoy recurrente, la sanción de multa de 300.000.000 de pesetas, en aplicación del artículo 99 p) de la Ley 24/1988, de 1988, de 28 Julio.

Alega el Abogado del Estado con fundamento en el artículo 67 de la Ley de la Jurisdicción, la caducidad del recurso, toda vez que desde el 28 de octubre de 1994, fecha de notificación de la providencia dando traslado para formulación de demanda, hasta el 23 de noviembre del mismo año, fecha de presentación del escrito de demanda, habían transcurrido más de veinte días. Sin embargo, el día 23 era el último del plazo, descontados del cómputo los días inhábiles -artículo 5 del Código Civil-. Así, excluyendo los domingos y feriados -30 de octubre, 1, 6, 9, 13 y 20 de noviembre-, el plazo de veinte días concluía el 23 de Noviembre de 1994, fecha de presentación de la demanda. Debe rechazarse la alegada causa de caducidad.

SEGUNDO.- Se imputa a la recurrente la omisión del deber de comunicar a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la participación significativa adquirida en ERCROS, S.A., en diciembre de 1990, a través de "M.R., S.L."

El artículo 99 p) de la Ley 24/1988, en virtud del cual se sanciona a la recurrente, dispone *"Constituyen infracciones muy graves... la inobservancia del deber de información previsto en el artículo 53 de esta Ley..."*. Por su parte, el citado artículo 53 de la ley establece: *"Quien por sí o por persona interpuesta adquiere o transmita 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 del porcentaje del total capital suscrito que se establezca, deberá informar..."*.

Pues bien, "M.R. S.L." suscribió en diciembre de 1990 acciones de ERCROS, S.A., como persona interpuesta de "G.T., S.A.", naciendo con ello para ésta y su sociedad dominante, quien hoy recurre, la obligación de informar a la Comisión del Mercado de Valores, en aplicación de la Circular 6/1989, de 15 de noviembre, dictada en desarrollo del artículo 53 antes señalado, por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

TERCERO.- En primer lugar la actora afirma no ser sociedad dominante de "G.T., S.A.", y por ello no venir obligada a realizar la comunicación prevista en el artículo 53 de la Ley, cuya omisión dio origen a la sanción. Sin embargo, resulta acreditado en autos, que la recurrente declaró ser la entidad que controla a "G.T., S.A.", de la que detentaba el 39,72% de su capital social. Según dispone el artículo 4 de la Ley 24/1988, se entiende que existe control de una entidad dominada por otra dominante, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: 1) que la entidad dominante disponga de la mayoría de los derechos de voto en la entidad dominada, 2) derecho de la dominante a nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos de gobierno de la entidad dominada, 3) 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. Pues bien, resulta acreditado que la actora concertadamente con "K.H., BV" formularon una OPA, informada favorablemente por el Consejo de Administración de "G.T., S.A.", sobre el 100% de las acciones de tal grupo, tras lo cual se produjo la declaración de sociedad dominante a los efectos del artículo 4 de la Ley 24/1988.

No existe prueba alguna en autos que desvirtúe aquella declaración, sino, por el contrario, del examen del expediente se extrae la conclusión del dominio de la actora sobre "G.T., S.A."

Así las cosas, no puede aceptarse la interpretación que de la Circular 6/1989 defiende la recurrente, en cuanto entiende que la obligada a realizar la declaración informativa lo es exclusivamente la filial española. y ello no es así, si atendemos a una interpretación conjunta de la Circular con el artículo 53 de la Ley -el cual impone la obligación de informar a quien por sí o por persona interpuesta adquiera las acciones-, partiendo de la idea de que la circular no puede restringir el ámbito de los obligados determinado por el artículo 53, resulta que la dominante, y asimismo la filial, vienen obligadas a realizar la comunicación, porque en ambas concurre el requisito de ser adquirentes del porcentaje significativo. Ahora bien, que la circular señale directamente el sujeto en quien en primer termino recae la obligación, no exime a la sociedad dominante del deber de información, ni de adoptar las medidas para que la misma se produzca en legal forma, ni de la responsabilidad por la omisión del deber de información.

CUARTO.- Fuera de toda duda, que la adquisición de las acciones de ERCROS, S.A. por "M.R., S.L.", se realizó por voluntad de "G.T., S.A.", y a tal efecto, precisamente el de adquisición de acciones de "ERCROS, S.A.", se constituyó "M.R., S.L." -así resulta del acta de sesión del Consejo de Administración de "G.T., S.A." celebrada en Londres el 18 de diciembre de 1990-. La adquisición de las acciones de "ERCROS, S.A.", se efectuó por "M.R., S.L.", pero la financiación fue bancaria garantizada por el propio "G.T."

Y así resulta clara la concurrencia del supuesto previsto en el artículo 99 p) de la Ley 24/1988, en relación con el 53 de la misma, toda vez que la recurrente era, a través de "M.R." y "G.T.", la titular de las acciones adquiridas. Se cumple por tanto con el principio de reserva legal establecido en el artículo 25 de la Constitución, en materia sancionadora. La conducta a que nos venimos refiriendo tiene un claro encaje en el precepto tipificador de la infracción administrativa. El relato de hechos -todos acreditados en el expediente administrativo- es suficiente para enervar la presunción "iuris tantum" de inocencia contenida en el artículo 24 de la Constitución.

La responsabilidad de la actora resulta clara si atendemos que su posición de dominio sobre "G.T." suponía el control sobre las decisiones sociales de este grupo y estaba en situación, como obligada, de informar sobre la adquisición de las acciones de ERCROS, S.A."

En cuanto a la prejudicialidad penal, nada hay que la justifique. En ningún momento se imputa por los hechos sancionados la comisión de un delito, ni la infracción, en su tipificación, exige de una declaración penal previa.

QUINTO.- Por último y respecto a la cuantificación de la sanción, en la misma se han seguido los criterios del artículo 102 de la Ley 24/1988, señalando la especial reprochabilidad de la acción a la recurrente al ser sociedad dominante y por ello controlar las decisiones de "G.T.". Se impone la multa en el 3,75% sobre el máximo del 5% de los recursos propios al tiempo de ser cometida la infracción.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y confirmación del acto impugnado, por ser conforme a derecho en los extremos examinados.

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 Contencioso-Administrativa.