

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 19 DE JUNIO DE 1997**

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

Recurso nº: 648/94  
Ponente: Dª Mercedes Pedraz Calvo  
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de mayo de 1994 que confirma en reposición otra del mismo Ministerio de 22 de noviembre de 1989.  
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 19 de Junio de mil novecientos noventa y siete.

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 A.A.G.A. en nombre y representación de "DBL, S.A." frente a la Administración del Estado, contra la Resolución dictada por Ministerio de Economía y Hacienda en materia relativa a sanción por infracción de la Ley de Mercado de Valores, con una cuantía de 65.000.000 pesetas. Ha sido Ponente la Magistrado 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 26 de Julio 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 10 de Diciembre de 1994, en el cual, tras exponer los fundamentos de hecho y de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando sentencia: "por la que se anule la Resolución del Ministro de Economía y Hacienda, dictada por delegación por el Subsecretario del Departamento, de 24 de Mayo de 1994, y entrando a conocer del fondo del asunto, declare nulo, o subsidiariamente, declare su disconformidad a derecho y anule, total o parcialmente, la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 22 de Noviembre de 1989, con la inmediata devolución a mi representada de las cantidades que procedan, con los intereses legales la fecha del ingreso. Con costas."

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 28 de Junio 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 11 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 24 de Mayo de 1994 por el Ministerio de Economía y Hacienda por la que inadmite el recurso de reposición núm. 37/90 interpuesto por la representación de "D.B.L., S.A.", hoy actora, contra la Orden del mismo Ministerio de fecha 22 de Noviembre de 1989 dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, por la que se le impone una sanción de multa por importe de 65 millones de pesetas, por la comisión de una infracción muy grave comprendida en el artículo 99 letra s) de la Ley 24/88 de 28 de Julio del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- Procede examinar en primer lugar la alegación formulada por el Abogado del Estado en relación con la falta de representación de Don F.P.G. para interponer el Recurso de Reposición.

El recurso de reposición litigioso se interpuso el día 26 de Diciembre de 1989, presentado en correos mediante certificado, y acompañado de copia del poder general para pleitos que había otorgado ante notario el día 27 de Julio de 1989 el Consejero Delegado de la Sociedad ahora actora.

En el expediente aparece, fechado el día 8 de Enero de 1990, oficio del Subdirector General de Recursos del Ministerio de Hacienda al Ilmo. Sr. Secretario de la CNMV con el siguiente texto: "Ruego se de traslado a esta Subdirección del expediente y de los antecedentes que existan en relación con el citado acto, y asimismo se emita informe razonado sobre el asunto, en el plazo de diez días, de acuerdo con el artículo 123 de la Ley de Procedimiento Administrativo..."

En el expediente no figura actuación posterior, hasta que el mismo representante presenta escrito, fechado el día 8 Abril de 1994, solicitando del Ministerio se dicte Resolución expresa respecto del recurso de reposición.

El subdirector General de Recursos del Ministerio vuelve a oficiar al Secretario de la CNMV indicando que "A 9 de Enero de 1990 se envió por fax el citado recurso, solicitando el correspondiente informe, a esa Comisión, sin que en el expediente figure ninguna actuación posterior..."

A requerimiento de la CNMV se remite por el Ministerio copia de los poderes otorgados al representante legal de la empresa aportados con el escrito de 8 de Abril. A los efectos estudiados no puede la Sala sino coincidir con la representación procesal de la actora en cuanto que: 1º el art. 264 de la Ley de Sociedades Anónimas establece que "La Sociedad disuelta conservará su personalidad jurídica mientras la liquidación se realiza..."; 2º la paralización del procedimiento por la Administración durante tantos años no es óbice para resolver un recurso interpuesto por persona legalmente legitimada al efecto, y en su nombre por representante legal; 3º vista la fecha en que se interpuso el recurso, vigente la L.P.A. debió aplicarse el art. 71 con la consecuencia prevista en el mismo, lo que no se ha llevado a efecto. Debe por tanto anularse la Resolución impugnada, y

como la propia actora solicita, entrar a conocer del fondo del asunto, en concreto, de la conformidad o no a derecho de la Orden Ministerial de 22 de Noviembre de 1989.

TERCERO.- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos que aparecen relatados en los Resultados de la Orden Ministerial de 22 de Noviembre de 1989, que en lo sustancial no son negados por la actora.

CUARTO.- La representación procesal de la recurrente alega que la Orden en cuestión es nula por haber sido dictada por órgano manifiestamente incompetente, con infracción de los arts. 9.3 y 25 de la Constitución. Y ello porque el original de la Orden no figuraba en el expediente firmada y rubricada por el Ministro, pero puesto que en período probatorio el Ministerio ha remitido copia certificada de la Orden donde aparece la firma del Ministro tal incompetencia debe ser desestimada. En todo caso, la nulidad de la orden por incompetencia manifiesta del órgano que la dictó únicamente podría declararse si se hubiera dictado por órgano incompetente, no como aparentemente era el caso, dictada por órgano competente, el Ministro, pero no constando fehacientemente al interesado este extremo.

Tampoco es constitutivo de nulidad el que se le comunique a través de la CNMV, órgano instructor del expediente, que a tales efectos puede estimarse (a tales efectos, únicamente) como el "inferior" a que alude el art. 6 de la L.P.A. Finalmente, tampoco puede prosperar la alegada indefensión porque no se le notificara por el Ministro, personalmente, al representante legal de la Sociedad, personalmente, constando debidamente identificado el órgano de la Administración del que emanaba el acto, y apareciendo bajo la firma el nombre y apellidos del Ministro.

QUINTO.- Sostiene la actora que la Orden es nula de pleno derecho y subsidiariamente anulable, al no haberse solicitado con carácter previo el preceptivo informe del Comité Consultivo de la CNMV, según lo dispuesto en el art. 47.1 c) de la L.P.A. en relación con los arts. 97 c) y 23 c) de la L.M.V. En período probatorio se ha acreditado que el informe se emitió el día 24 Octubre de 1989, como aparecía reflejado en el penúltimo resultando de la Orden Ministerial litigiosa. A la actora no parece bastarle el informe, y considera que su brevedad equivale a su no existencia; lo cierto es que la Ley no exige que el informe tenga la forma y el contenido de una Resolución, y si, el contar con la opinión de una determinada instancia administrativa, opinión favorable en este caso, que ha sido emitida y figura acreditada, por lo que este motivo de impugnación tampoco puede prosperar.

SEXTO.- Con amparo en lo dispuesto en el art. 7 de la Ley 26/1988 de 26 de Julio de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, en relación con lo dispuesto en el art. 98 pfo 2 de la Ley 24/88 se alega por la actora que, puesto que no se le notificó la Providencia de incoación del expediente, no solo debe anularse éste, por existir indefensión, sino declarar prescrita la infracción.

Como señala el defensor de la Administración, la prescripción se interrumpe por la iniciación con conocimiento del interesado del procedimiento sancionador. En el supuesto enjuiciado la Administración ha acreditado lo que podía acreditar: aporta el resguardo para el remitente del certificado que remitió a "D.B.L.", y la carátula del fax.

La actora alega que debería aparecer la tarjeta rosa del acuse de recibo, pese a que no resulta en autos que el certificado se remitiese "con acuse de recibo", y niega que ese número de fax sea el suyo. Lo que se ha comprobado por el Tribunal es que a la Administración, ni durante la tramitación del expediente, ni en el recurso de reposición se le reprochó esta falta de notificación que se alega ahora, sin aportar elementos probatorios que puedan privar de efectos a los aportados por la Administración (acreditación por Correos de los datos del certificado mediante testimonio de la hoja correspondiente de la libreta, por la Compañía Telefónica del titular del fax al que se remitió la notificación, entre otros posibles mecanismos a disposición de la actora para desvirtuar las pruebas aportadas por la CNMV y el Ministerio). En conclusión: se notificó la iniciación del procedimiento, por lo que, iniciado el procedimiento en plazo, y resuelto asimismo en plazo, no prescribió la infracción.

En cuanto a la posible prescripción de la sanción, tampoco se ha producido puesto que la misma se ejecutó y la hoy actora abonó el importe de la multa que le fue impuesta.

Finalmente, el hecho de que el Ministerio durante largo tiempo no dictara resolución expresa del recurso de reposición no conlleva las consecuencias que pretende la actora: se producen los efectos previstos por el art. 94 de la Ley de Procedimiento Administrativo, como se ha indicado más arriba de aplicación al referido recurso. De su razonamiento parece resultar que, no notificada la incoación, carecen de toda virtualidad y eficacia todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo tanto por la Administración como por la actora misma; tal conclusión no es conforme a derecho no existiendo otra paralización que la relativa a no haberse dictado resolución expresa del recurso de reposición sino a requerimiento de la recurrente, por lo que las conclusiones de la actora deben desestimarse.

SEPTIMO.- Se alega la vulneración del art. 24 pfo 2 y del art. 25 de la Constitución, en cuanto al derecho a un proceso, en este caso, procedimiento administrativo sancionador, sin dilaciones indebidas.

El Tribunal Constitucional en la sentencia 24/1994, de 27 de Enero, en su fundamento jurídico 3 ha establecido que "respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, este Tribunal en su ATC 320/1986, fundamento jurídico 2º ya manifestó que es solo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos, debiendo en todo caso denunciarse el retraso en el curso del proceso y acreditar por ello la causación de un perjuicio, doctrina que hay que reiterar ahora, pues el término "proceso" utilizado por el art. 24.2 es equiparable a actuaciones jurisdiccionales, sin que sea extensible al procedimiento administrativo en el que las dilaciones (por cierto, no denunciadas en su momento por el recurrente) han de ser corregidas a través de cualquiera de los procedimientos existentes para dilucidar la responsabilidad de los funcionarios, pudiendo dar lugar al nacimiento de la oportuna pretensión resarcitoria."

OCTAVO.- Se alega por la actora que se ha vulnerado el art. 25 pfo 1 de la Constitución al no haberse paralizado el procedimiento administrativo pese a haberse tramitado diligencias penales, referidas a los mismos hechos. La propia actora, en el escrito de demanda, sitúa la incoación de las diligencias penales en cuestión en las fechas de Octubre-Noviembre de 1990, siendo así que la Orden cuya legalidad examina este

Tribunal es la de 22 de Noviembre de 1989, una vez resuelto que la de 24 de Mayo de 1994, que inadmitió el recurso por defectos de representación, no es conforme a derecho. La prejudicialidad no puede producirse a posteriori, y menos aún si la propia interesada se abstiene de realizar toda alegación al respecto a la Administración, faltando tanto en vía administrativa (como tal debe entenderse el recurso de reposición, puesto que antes no había diligencias penales) como jurisdiccional toda prueba respecto a la identidad de sujeto, hecho y fundamento que la consideración de posible prejudicialidad exige.

NOVENO.- La Disposición Final de la Ley de Mercado de Valores, establece: "La presente ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE. No obstante los preceptos de la misma específicamente referidos a las Bolsas de Valores, así como los restantes, en la medida en que resulten de aplicación a las mismas, no entrarán en vigor hasta transcurrido un año de su publicación, rigiéndose entre tanto las actuales Bolsas oficiales de Comercio y los Agentes de Cambio y Bolsa por la legislación actualmente vigente"; y la Disposición Transitoria Primera, pfo 3, indica que "La CNMV asumirá, cuando se produzca la entrada en vigor de los correspondientes preceptos de la ley, las competencias que los mismos le atribuyen". La Ley 24/88 de 28 de Julio fue publicada en el BOE de 29 de Julio de 1988, y entró en vigor el 29 de Enero de 1989, por lo que el 5 de Julio de 1989, cuando se dicta la providencia de incoación del expediente sancionador, la CNMV era competente y la Ley de aplicación, puesto que no se trata de aplicar preceptos "específicamente referidos a las Bolsas de valores", sino los relativos a las Ofertas Públicas de venta de Valores.

DECIMO.- De la relación de hechos que se han declarado probados y que se relatan en la Orden Ministerial impugnada resulta que se ha practicado prueba suficiente para considerar desvirtuada la presunción de inocencia de la recurrente. El art. 99 apartado s) de la Ley del Mercado de Valores tipifica como infracción muy grave "La realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría, al menos, la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique la simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos". A juicio de este Tribunal el precepto está tipificando dos infracciones: a) la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya obtención directa implicaría al menos la comisión de una infracción muy grave; y b) la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de las transferencias de la titularidad de los mismos. En cuanto al primero, porque puede considerarse que en ese contexto la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas no es sino un acto fraudulento que la norma quiere específicamente destacar. En cualquier caso una y otra son infracciones que podrían haber acarreado la imposición de la correspondiente sanción, según lo dispuesto en el art. 102 de la Ley: la actora llevó a cabo una suscripción de acciones por unos inversores personas físicas, que no era sino una mera apariencia jurídica, que dadas las imposiciones del folleto de la oferta pública de venta de acciones de REPSOL era imprescindible adoptar para lograr sus fines y a continuación dichas acciones se transfirieron a los clientes de D.B.L. adquirentes. El bien jurídico protegido es la transparencia del mercado, y la Orden analiza por qué se impone la sanción en su grado

máximo, pese a ponderarse la conducta de colaboración de la hoy recurrente. Sin que los razonamientos de la misma tengan entidad para desvirtuar los de la Administración.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso en lo que a la Orden de 29 de Noviembre de 1989 afecta, y la confirmación de la misma por ser conforme a derecho.

UNDECIMO.- 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 estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "D.B.L., S.A." contra la Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 24 de Mayo de 1994 y contra la Orden del mismo Ministerio de 22 de Noviembre de 1989, ambas descritas en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, y en consecuencia: 1º anulamos la Orden de 24 de Mayo de 1994, por no ser conforme a derecho; y 2º confirmamos la Orden de 22 de Noviembre de 1989 por ser plenamente conforme a derecho, sin efectuar 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.