

SENTENCIA DEL JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Nº 9 DE 25 DE JUNIO DE 2015

Recurso nº: 51/2014
Magistrada: D^a. María Dolores de Alba Romero
Acto Impugnado: Resolución del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 25 de marzo de 2014, que confirma en reposición la Orden del mismo Ministerio de fecha 13 de septiembre de 2013
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a veinticinco de Junio de dos mil quince.

La Ilma. señora doña MARÍA DOLORES DE ALBA ROMERO Magistrado-Juez del Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 9, en sustitución, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 51/2014 seguidos ante este Juzgado sobre ADMINISTRACION DEL ESTADO, entre partes, de una como recurrente COMPAÑIA LEVANTINA DE EDIFICACION Y OBRAS PUBLICAS, S.A., CTH, MTR, CCE, ASN, ANS, FPF y LIBERTAS 7, S.A. representada por la Procuradora doña VPD, y asistida por el Letrado D. JMP, y de otra MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la parte actora se presentó escrito mediante el cual interesaba se tuviera por interpuesto recurso contencioso-administrativo contra resolución del Ministerio de Economía y Competitividad.

SEGUNDO.- Seguido que fue el recurso por sus trámites, se entregó el expediente administrativo a la representación de la parte actora para que formulara la demanda, lo que hizo seguidamente dentro del plazo, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes y terminando suplicando que se dictase una sentencia por la que se estimase el recurso, con imposición de costas a la demandada; confiriéndose el preceptivo traslado a la parte demandada por la misma se evacuó el trámite de contestación interesando el dictado de una sentencia desestimatoria del recurso, con imposición de costas a la parte actora.

TERCERO.- Recibido el recurso a prueba, se admitieron y practicaron las que se consideraron pertinentes, obrando las mismas en los ramos separados de las partes. Y declarándose concluso este periodo, se pasó al de conclusiones, que fueron formuladas por las partes por su respectivo orden interesando cada una de ellas se dictara sentencia de conformidad a lo solicitado en el suplico de sus escritos de demanda y de contestación a la misma.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado la totalidad de las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la resolución de fecha 25 de marzo de 2014, del Ministerio de Economía y Competitividad, por medio de la cual se desestima el recurso de reposición promovido por la parte ahora recurrente, COMPAÑÍA LEVANTINA DE EDIFICACIÓN Y OBRAS PÚBLICAS, S.A. (CLEOP) y los miembros de su Consejo de Administración: don CTH, don MTR, don CCE, LIBERTAS 7, S.A., don ASN, don ANS y don FPF, contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de 13 de septiembre de 2013 (OM 11513), que impuso sanciones de multa por importe de 15.000 euros a CLEOP y de 3.000 euros a cada uno de los citados miembros de su Consejo de Administración, por la comisión de una infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

Son antecedentes fácticos del presente recurso los siguientes: El Comité Ejecutivo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordó incoar expediente administrativo sancionador a los recurrentes, por la presunta comisión de una infracción tipificada como muy grave en el artículo 99, letra m) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 35 del mismo texto legal, por la no remisión a la CNMV y difusión pública, en plazo, del informe financiero anual del ejercicio 2011. Disconformes, formularon el oportuno recurso de reposición, contra la citada Orden Ministerial de 13 de septiembre de 2013, cuya resolución desestimatoria constituye el objeto del presente recurso.

SEGUNDO.- Las partes recurrentes en su demanda solicitan que dicte sentencia por la que, estimando el presente recurso contencioso-administrativo, se acuerde la anulación de dicho acto, con expresa imposición de las costas de este procedimiento. A estos efectos manifiestan que, concurren determinadas circunstancias que actúan como causa de justificación de la presentación tardía del Informe Financiero Anual correspondiente al ejercicio 2011, como lo es que en el momento en que se produjeron los hechos por los que se sanciona estaban llevando a cabo un importante proceso de refinanciación de la deuda bancaria que exigía una dedicación muy intensiva de todo su departamento financiero, y que además, tanto los auditores externos (Deloitte) como la dirección financiera de la Compañía tenían serias dificultades para obtener desde su filial Inversiones Mebru, S.A. la información correspondiente sobre su participada Urbem, S.A., entidad que se ha venido negando a facilitar el conocimiento de sus cuentas y la valoración de sus activos, lo que impedía el cierre adecuado de las cuentas de 2011. Por otra parte argumenta que teniendo el mercado conocimiento de la solicitud prevista a LC 5 bis, el mismo día de su presentación contaba con información real y capacidad de deducir una posible solicitud de concurso y, es claro que no solicitó nada, en el mes de abril ni en el mes de mayo de 2012, por lo que la fecha de comunicación de las cuentas de cierre de 2011 resulta indiferente con relación a esta cuestión. Que la influencia sobre el mercado del retraso de la información ha sido nula y que la infracción en caso de existir, no puede ser calificada como muy grave. Que se ha vulnerado del principio de confianza legítima, ya que no se puede apreciar que ha existido una ocultación interesada de información financiera a la CNMV. Finalmente, considera que resulta improcedente la sanción impuesta al no existir infracción ni conducta negligente o culposa, habiendo actuado con la diligencia exigible, tratando de salvaguardar en todo momento en bien jurídico protegido por la norma que fundamenta la imposición de la

sanción que ahora se recurre.

A estas alegaciones y pretensiones se opone el Abogado del Estado solicitando la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- En primer lugar es preciso recordar que los preceptos por los que se sanciona a los recurrentes, tienen el siguiente contenido: El art. 99 letra m) de la LMV 24/1988 establece 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: m) El incumplimiento por parte de las entidades a las que se refieren los artículos 35 y 86 de esta Ley de la obligación de someter sus cuentas anuales e informes de gestión individuales y consolidados a la revisión definida en el artículo 35.1 por parte del auditor de cuentas; el incumplimiento de las obligaciones de remisión de la información regulada prevista en el artículo 35, cuando exista un interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiese incurrido, así como el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la información financiera regulada con datos inexactos o no veraces, o de información engañosa o que omita aspectos o datos relevantes".*

Y el artículo 35 de la LMV tiene este contenido: *"1. Cuando España sea Estado miembro de origen, los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado domiciliado en la Unión Europea, harán público y difundirán su informe financiero anual en el plazo máximo de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio, debiendo asegurarse de que se mantiene a disposición del público durante al menos cinco años. Asimismo, someterán sus cuentas anuales a auditoría de cuentas. El informe de auditoría se hará público junto con el informe financiero anual... 4.- La información periódica a la que se refieren los apartados anteriores deberá remitirse a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuando España sea Estado miembro de origen en los términos que se establezcan reglamentariamente, para su incorporación al registro oficial regulado en el artículo 92 de esta Ley.*

La Comisión Nacional del Mercado de Valores comprobará que la información periódica se ha elaborado de conformidad con la normativa aplicable, o procederá, en caso contrario, a requerir su cumplimiento."

Por otro lado, el artículo 100, letra j) califica como infracción grave *"La falta de comunicación de informaciones a los organismos rectores de los mercados secundarios oficiales o sistemas multilaterales de negociación, en los casos en que dicha comunicación sea preceptiva con arreglo a esta Ley, así como el incumplimiento de las obligaciones de difusión y disposición pública de información contenida en los artículos 35 y 35 bis, cuando no constituyan infracciones muy graves conforme al artículo anterior."*

CUARTO.- Los hechos objeto de la sanción que ahora nos ocupa no son discutidos en las alegaciones presentadas, tratando de justificar la ausencia de su responsabilidad en los mismos, por cuanto entienden que su actuación fue completamente diligente y ausente de toda culpabilidad, justificando la presentación tardía del Informe Anual en dos circunstancias, a saber; Que estaban llevando a cabo un importante proceso de refinanciación de la deuda bancaria que exigía una dedicación muy intensiva de todo su

departamento financiero, con el objetivo de suscribir el correspondiente Acuerdo de Refinanciación sobre la base del Plan de Viabilidad incluido en el mismo, ya que la suscripción de este acuerdo estaba prevista para mediados de mayo del año 2012. Y que, tenían serias dificultades para obtener de su filial Inversiones Mebru, S.A. la información correspondiente sobre su participada Urbem, S.A., entidad que se ha venido negando a facilitar el conocimiento de sus cuentas y la valoración de sus activos, lo que impedía el cierre adecuado de las cuentas de 2011. Concluyendo que actuaron con la diligencia que les resultaba exigible, faltando por ello el requisito de la culpabilidad que es un elemento necesario para hacer responder a los administradores por las infracciones que se imputan a la sociedad. Con carácter subsidiario entienden que no existen circunstancias que permitan imputarles una negligencia de carácter grave, por lo que en el presente supuesto falta uno de los elementos del tipo infractor. Entienden que, contrariamente a lo mantenido por la resolución impugnada, que la infracción tipificada por el art. 99. m) de la LMV de incumplimiento de la obligación de remisión de información que impone el artículo 35, únicamente es aplicable en aquellos casos en que haya existido un auténtico interés de ocultación o negligencia grave, atendiendo a la relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se hubiera incurrido, considerando que dichas circunstancias no se dan en el presente supuesto, por lo que se ha vulnerado el principio de tipicidad, garantizado por el art. 25 de la Constitución.

De la lectura del expediente administrativo se deduce que consta acreditado que el 3 de mayo de 2012, finalizado el plazo de 4 meses posteriores al cierre del ejercicio 2011, se requirió por la Dirección General de los Mercados de la CNMV a la recurrente el envío inmediato del informe financiero anual del ejercicio 2011, individual y consolidado. Con fecha 11 de mayo se recibe la respuesta consistente en escrito firmado por el Presidente de la Sociedad en el que expone las causas del retraso. Vuelve a efectuarse un requerimiento el día 16 de mayo de 2012. El 29 de mayo de 2012, se reciben las cuentas anuales auditadas del ejercicio 2011 con una demora, de 29 días naturales. A pesar de las alegaciones vertidas por los recurrentes, hemos de señalar que no pasan de ser meras afirmaciones carentes de cualquier prueba, la exigencia clara en la Ley, respecto de la presentación del Informe Anual, no puede verse infringido por unas meras circunstancias que no se acreditan y que en nada disculpan la falta de presentación ya que, o bien, se pudo presentar dicho Informe haciendo ver las circunstancias concurrentes o bien, se pudo dirigir una solicitud de información a la CNMV a este respecto que podría haber salvado la responsabilidad de los recurrentes.

El artículo 127 LRJPAC establece: "*1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que puede delegarse en órgano distinto. 3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio de las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual*". Este principio está directamente relacionado con el principio de tipicidad, regulado en el artículo 129 LRJPAC con el siguiente tenor literal: "*1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones*

que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica".

El análisis de las exigencias del principio de legalidad no es posible, sin valorar las circunstancias del principio de tipicidad: en palabras del Tribunal Supremo, para que un hecho pueda ser objeto de sanción por la Administración es necesario que la infracción y consiguiente sanción estén precisamente establecidas por la Ley. La cuestión ha sido tratada anteriormente por nuestra Sala Revisora, en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo que vienen a fijar lo siguiente: *"La Ley 23/1988, al establecer los mecanismos adecuados para lograr la adecuada supervisión del funcionamiento de los mercados de valores, no sólo diseñó un determinado aparato institucional sino que trató de proteger los intereses de los usuarios de aquellos mercados a través de la exigencia de algo tan esencial para su confianza como es la información respecto de los valores emitidos y de la actuación de las sociedades que los emiten. En diversos preceptos de la Ley se prescriben determinadas exigencias de recogida y difusión de la información, exigencias cuyo incumplimiento, en su caso, se sanciona como infracción administrativa."*

Además debe destacarse que muchas de las obligaciones y deberes jurídicos que se derivan de las normas del mercado bursátil, para los que en él intervienen, giran en torno a las ideas de información y publicidad, principios éstos que implican que todas las entidades emisoras de valores que se ofrecen públicamente o se negocian en los mercados, estén obligados a confeccionar y proporcionar una información leal, fidedigna, clara, suficiente, actualizada y difundida en tiempo útil como instrumento de protección de los inversores.

Estas obligaciones de información en su mayor medida tienen carácter contable y económico-financiero, de modo que asegure razonablemente el conocimiento continuado por el mercado de la situación real financiero-patrimonial de los emisores de valores, de sus resultados, de su actividad y de la marcha general de sus asuntos, contemplándose por la LMV tal información bien con carácter periódico o con carácter puntual cuando se produzcan hechos relevantes. Pero tales obligaciones, en modo alguno, pueden considerarse como meramente formales, de ahí que su incumplimiento, aun cuando el mismo no sea intencionado supone un daño relevante al bien jurídico protegido y un incumplimiento de la norma, pues el plazo tiene, en este tipo de obligaciones un carácter esencial y no accesorio.

Si la Contabilidad se define, como un sistema adaptado para clasificar los hechos económicos que ocurren en un negocio con el objetivo de proporcionar información tanto a los propietarios como a los accionistas o a terceros de la realidad económica de la empresa, que permita la adopción de decisiones financieras externas y de planificación y control internas, a juicio de dicha Sala, la omisión de esta información es relevante. Hay que destacar que la Ley del Mercado de Valores utiliza en la tipificación y calificación de la infracción de normas de ordenación y disciplina del Mercado de Valores numerosos conceptos jurídicos indeterminados.

El Tribunal Constitucional ha admitido la técnica normativa de los conceptos jurídicos indeterminados en el ámbito sancionador, sin considerar por ello vulnerado el artículo 25.1 de la Constitución ni los principios de tipicidad siempre que se den los requisitos que señala, entre otras, su sentencia 69/1989, de 20 de abril *"si bien los preceptos, legales o reglamentarios, que tipifiquen las infracciones deben definir con la mayor precisión posible los actos, omisiones o conductas sancionables, no vulnera la exigencia de lexcerta que incorpora el art. 25.1 de la Constitución la regulación de tales supuestos ilícitos mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada, pues, como ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones [STC 62/1982, de 15 de octubre (RTC 19822), RTC 703/198A 5, de 16 de octubre, entre otras resoluciones], dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas, por lo que es necesario en ocasiones un margen de indeterminación en la formulación de los tipos ilícitos que no entra en conflicto con el principio de legalidad, en tanto no aboque a una inseguridad jurídica insuperable con arreglo a los criterios interpretativos antes enunciados."*

Por otra parte la exigencia de lexcerta proscribire la sanción de aquellas conductas respecto de las que no sea razonablemente factible prever para el sujeto obligado con el suficiente grado de certeza que merecerán la calificación de infracciones administrativas por la autoridad competente. Por tanto en el caso de que se haya realizado una interpretación razonable de la norma no puede imponerse una sanción al recurrente.

QUINTO.- En el caso que nos ocupa y aún en ausencia de interés de ocultación, se aprecia negligencia grave en la conducta de la entidad actora, pues no hay duda que el informe financiero anual es la información contable y financiera más importante de las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente al mercado y a los inversores, hasta tal punto de que las cuentas anuales que en él se incorporan han de venir acompañadas de informe de auditoría emitido por experto independiente, con opinión profesional sobre su razonabilidad de acuerdo a criterios técnicos. Se trata de la información contable más relevante pues refleja su situación y evolución en el ejercicio económico anual correspondiente. El hecho de que se remitiese días después de la fecha de vencimiento del plazo máximo previsto en la norma y después de mediar varios requerimientos de la CNMV que resultaron desatendidos, procede concluir con la adecuación a derecho de la subsunción de tal conducta en el tipo legal descrito en el art. 99 m) de la LMV.

SEXTO.- Y sobre la ausencia de culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración, nuestra Sala Revisora ya ha mantenido en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012, recurso 152/11 que: *"Además y en cuanto a la responsabilidad de los administradores señalar que son éstos los que tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables de la misma a menos de que acrediten que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley y no se trata de una responsabilidad objetiva como afirma la actora sino basada en la culpa o negligencia, considerada como la falta de previsión de lo que se debió prever y en la falta de la diligencia exigible y necesaria en el ejercicio de sus funciones, pues en definitiva fue*

la falta de dicha diligencia la que motivó que se produjese el hecho constitutivo de la infracción.” En el caso que nos ocupa y a la vista de lo expuesto ha quedado acreditada la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra m) del art. 99 de la LMV en relación con el artículo 35 del mismo texto legal, siendo exigible responsabilidad no solo a la entidad sino también a los miembros de su Consejo de Administración, por lo que tampoco se ha vulnerado el principio de culpabilidad.

SÉPTIMO.- Finalmente y por lo que se refiere a la calificación de la sanción, al estimar los recurrentes que en caso de considerar procedente la sanción, ésta no merecería el reproche de muy grave, sino el de grave prevista en el artículo 100 j) de la LMV, hemos de señalar que no podemos compartir esta tesis, pues, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para la calificación de la conducta descrita y acreditada como de infracción muy grave, prevista en el artículo 99 m) de la LMV, por las razones que se exponen a continuación: El retraso de la recurrente en cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 35 de la LMV, es la consecuencia de su negligencia grave en la observancia de sus obligaciones, pues frente a las circunstancias en las que basa su descarga de responsabilidad, ya contestadas no puede tenerse en cuenta los hechos no probados. Los recurrentes, deben poner todos los medios para que en la fecha prevista la documentación esté preparada lo que exige un deber de diligencia, cuidado y previsión que incluye la eventualidad de que surjan problemas que requieran una intervención más precisa y enérgica siempre antes de la fecha indicada.

El cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 35 LMV, debe hacerse en el plazo establecido, aspecto que los recurrentes relativizan, pero que cobra la mayor importancia cuando se trata de informar al mercado del estado financiero de las entidades cotizadas, para que puedan adoptar las medidas de inversión que estimen oportunas. La importancia de remitir la información en el plazo y las consecuencias que pueden derivarse de este incumplimiento, las pone de manifiesto la resolución recurrida, cuando recuerda que, como consecuencia entre otros factores de dicho incumplimiento, que afecta a uno de los pilares del sistema como es el derecho de información del mercado y la protección de los inversores. Los recurrentes no pueden escudarse en el argumento de que la remisión en plazo de la información no era relevante y que el aspecto que debe primar, es la remisión de información veraz y contrastada aunque se envíe de forma tardía, pues ya se ha expuesto la razón por la que la información debe remitirse en plazo.

Todo lo hasta aquí expuesto hace necesario la desestimación del presente recurso.

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se imponen las costas a la parte recurrente al haber sido desestimadas sus pretensiones.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY y en virtud de la autoridad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

Que debo desestimar y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña VPD, en nombre y representación de COMPAÑIA LEVANTINA DE EDIFICACION Y OBRAS PUBLICAS, S.A., CTH, MTR, CCE, ASN, ANS, FPF y LIBERTAS 7, S.A., contra la resolución que ha sido identificada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, por lo cual confirmo la indicada resolución al resultar conforme a Derecho.

Se imponen las costas a la parte recurrente al haber sido desestimadas sus pretensiones.

Notifíquese esta resolución a las partes, advirtiéndoles que es firme y contra la misma no cabe interponer recurso.

Así por esta mi Sentencia, y definitivamente juzgando en primera instancia, lo acuerdo, mando y firmo.