

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE ENERO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 400/2011
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 400/11 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido D. J.L.M.G. representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. C.D.-C. contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 por la que acuerda imponer al recurrente, miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona SA una multa de 10.000 euros por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del informe financiero anual de 2008 con retraso de 67 días. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 10.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 28 de julio de 2011 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional donde fueron turnadas a la sección sexta. Admitido a trámite y una vez recibido el expediente administrativo se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo el 15 de noviembre de 2011 en el que solicitó *“estime el recurso planteado, anulando parcialmente la orden ministerial de 25 de mayo de 2011 en lo que respecta a la imposición a mi mandante de una multa de 10.000 euros y declare que no es responsable de la infracción que, en su caso, haya podido cometerse. 2. Subsidiariamente, en caso de que se entendiese que existe infracción imputable a mi mandante, modifique la calificación de la misma a grave”*.

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 2 de febrero de 2012 en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones y se señaló para votación y fallo el 21 de enero de 2014 en que efectivamente tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 en la que se sanciona la mercantil la Seda de Barcelona SA y a los miembros del Consejo de Administración por infracción del artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (LMV). En concreto el actor recurre la orden en relación

con la multa de 10.000 euros que se le impone como miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 letra m de la LMV, en relación con el artículo 35.1 de dicho texto legal, por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (en adelante CNMV) del informe financiero anual de 2008 con retraso de 67 días, que es el que transcurre entre el día 30 de abril de 2009, fecha límite según la legislación vigente para remitir a la CNMV el informe financiero anual y el 7 de julio de 2009-fecha en que la entidad efectivamente remitió el mismo.

Estos hechos no son discutidos en las alegaciones presentadas por el recurrente sino que trata de justificar la ausencia de su responsabilidad personal en los mismos por 1) la situación de crisis institucional por la que atravesaba la Seda en las fechas en que se produjeron los hechos infractores. 2) las ocultaciones realizadas por el Presidente de la Entidad a los demás miembros del Consejo 3) la falta de ánimo de ocultación y a la conducta diligente observada desde que tuvieron conocimiento de los hechos ocultados a fin de poder remitir a la CNMV el informe financiero anual de 2008 de forma completa, veraz y exacta. Con carácter subsidiario en el caso de que se le considere responsable de la multa, entiende que no se ha respetado el principio de proporcionalidad que a su juicio determina que la infracción debe considerarse como grave en vez de muy grave y se reduzca el importe de la multa

SEGUNDO: El artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores califica como infracción muy grave del mercado de valores *“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”*.

Dos son los requisitos que se exigen para la imputación de la infracción muy grave: 1) la falta de remisión de la información en los términos exigidos en el artículo 35 que exige que se remita en el plazo máximo de 4 meses desde la finalización de cada ejercicio, en este caso 30 de abril de 2008. 2) que exista ocultación o negligencia grave.

Descartado por la CNMV que exista interés de ocultación, la cuestión a determinar es si se aprecia grave negligencia atendiendo a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. La resolución de la CNMV razona que existe negligencia grave al concurrir ambos requisitos 1) en cuanto a la relevancia de la información que el informe financiero anual conforme al artículo 35 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores comprende las cuentas anuales y el informe de gestión revisado por el auditor y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido que deberán ser firmadas por los administradores, siendo el informe anual la información contable y financiera más importante de las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente al mercado y a los inversores la situación y evolución de su situación financiero-patrimonial, de sus resultados, de su actividad, y de la marcha general de la misma y 2) en cuanto a la demora en que se incurrió señala que el informe financiero se remitió y difundió 67 días desde la fecha de vencimiento del plazo máximo y después de mediar adicionalmente varios requerimientos de la CNMV solicitando su remisión inmediata que resultaron desatendidos. La CNMV en ausencia de

dicha información y para proteger el derecho de información del mercado y la protección de los inversores, junto con otros factores acordó con fecha de 5 de junio de 2009 la suspensión cautelar de la negociación en el SIBE de las acciones y otros valores de la seda, suspensión cautelar que se mantuvo incluso con posterioridad a la remisión de la información, no acordándose su levantamiento hasta el 5 de julio de 2010.

Considera la CNMV que ninguno de los administradores de la Seda ha aportado prueba alguna de haber actuado en su momento con la diligencia exigible a fin de evitar la realización de la infracción o que concurra fuerza mayor o caso fortuito, recogiendo la resolución recurrida cual fue la actuación del Consejo de Administración teniendo en cuenta que el plazo para formular las cuentas anuales finalizaba el 31 de marzo de 2009 y el plazo para remitir a la CNMV el informe financiero anual (IFA) el 30 de abril de 2009.

1. El Consejo de Administración de la Seda se reunió durante el ejercicio 2009 por primera vez el 30 de enero de 2009. En el acta levantada de dicha reunión no figura que se hubiera producido ningún tipo de deliberación, ni pregunta de consejero alguno sobre la situación de los trabajos de elaboración de la documentación contable del ejercicio 2008. Se aprueba por unanimidad *“convocar las próximas reuniones del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, preferentemente los días correspondientes al primer miércoles siguiente al día 20 de cada mes”* (folios 1765 a 1773 tomo V/IX).
2. No obstante lo acordado, la siguiente reunión del Consejo tuvo lugar dos meses después esto es el 31 de marzo de 2009 (fecha límite establecida por la LSA para que los administradores de las mercantiles anónimas formulen las cuentas anuales del ejercicio anterior. En dicha reunión no consta comentario ni referencia alguna al probable incumplimiento de la remisión del informe financiero anual a la CNMV antes de la fecha límite 30 de abril de 2004 (folio 1774 a 1785) teniendo en cuenta que no se pudieron aprobar en dicho Consejo las cuentas anuales cuyo plazo finalizaba ese mismo día, al hacer referencia el Presidente que existía una. carta de D^a. H.G.C de 19 de marzo de 2009 en la que comunica su cese como miembro del Consejo de Administración y Presidente del Comité de auditoría.
3. En el mes de abril de 2009 no se celebra ninguna reunión del Consejo.
4. En la reunión celebrada el 6 de mayo de 2009 consta en el acta que el punto cuarto relativo al informe financiero anual del ejercicio 2008, se deja sin efecto, por las circunstancias indicadas en las reuniones precedentes, para cuando esté terminado el informe de auditoría y hasta que los auditores emitan su informe de auditoría (folios 1786 a 1802).
5. En el acta de la reunión celebrada el 13 de mayo de 2009, ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1801 a 1805).
6. En el acta de la reunión celebrada el 20 de mayo de 2009 ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1806 a 1822).

7. En el acta de la reunión celebrada el 27 de mayo de 2009 se acuerda por mayoría formular las cuentas anuales del ejercicio 2008 (folios 1824 a 1849)
8. En fechas 4 y 12 de mayo y 3 de junio de 2009 la CNMV requirió a la Seda de Barcelona, la remisión inmediata del informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2008.
9. En fecha 7 de julio de 2009 tiene entrada en la CNMV el informe financiero anual 2008 con las características que se señalan en el folio 3610

TERCERO: El artículo 15 de la Ley 26/1988 de la Dirección e Intervención de las entidades de crédito (en adelante LDIEC) al que se remite el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 establece que

"1. Quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos:

- a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones.*
- b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad"*

En este caso como señala la resolución recurrida ha de apreciarse la falta de diligencia exigible a los miembros del Consejo de la sociedad, puesto que a ellos correspondía promover en su seno el cumplimiento en plazo por la Seda de su obligación de remisión a la CNMV y difusión de la información que aquí se trata. El artículo 10 del RD 1362/2007 que desarrolla la Ley 24/1988 bajo el epígrafe (responsabilidad del contenido y publicación del informe financiero anual) considera expresamente *"responsables del informe financiero anual a la entidad emisora y sus administradores en cuanto sujetos obligados a formular y firmar las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, y la declaración de responsabilidad de su contenido."*

Como señala el Abogado del Estado al que seguimos en sus razonamientos cualquier administrador de una sociedad cotizada conoce la obligación de formular las cuentas en los 3 meses siguientes al cierre del ejercicio y de remitir a la CNMV el Informe Financiero Anual en los 4 meses siguientes.

De lo acreditado en el expediente resulta que la formulación de las cuentas figura por primera vez en la reunión del Consejo de 31 de marzo de 2009, es decir, el último día del plazo para ello, para retirarse luego del orden del día. Si la diligencia consiste en el *"cuidado, esfuerzo y eficacia que se pone en una cosa"* (diccionario Casares) resulta llamativa la despreocupación por las cuentas del ejercicio que se manifiesta en las actuaciones previas al Consejo de 31 de marzo de 2009, último día del plazo. La diligencia imponía a los miembros del Consejo, un cuidado, esfuerzo y eficiencia en este tema, pues si antes del día del final del plazo hubiera existido esa diligencia que se dice existió, las cuentas se hubieran formulado a su tiempo y el informe remitido a la CNMV dentro del plazo. Si reconoce la propia recurrente que la formulación de las cuentas anuales integrantes del IFA 2008 concurrían determinadas circunstancias complejas que determinaba que existiera un déficit importante en el conocimiento de aspectos financieros y de negocio de la compañía, debía haberse adoptado medidas también especiales dada la previsibilidad de existencia de dificultades en la preparación de las mismas, teniendo en cuenta como el propio recurrente reconoce que el año 2008 dimitieron un total de 10 consejeros que existía un entorno de tensión con extraordinarias dificultades para la obtención de información y una situación de ingobernabilidad de la sociedad. Se pretende culpar de la situación al auditor externo la entidad Horwath Auditores España SL, señalando que no concluyeron su trabajo a tiempo, pero no consta acreditado que fuera la falta de diligencia en la realización de su informe, el motivo del retraso. Consta que durante el ejercicio 2009 el Comité de Auditoría solo se reunió los días 15 y 25 de mayo, una vez concluido el plazo para aprobar las cuentas anuales y el informe financiero anual, pese a ser el órgano específico para controlar el proceso de elaboración de las cuentas.

Si como afirman, los Consejeros fueran informados en el Consejo de 31 de marzo de 2009 de la dimisión presentada el 19 de marzo por la Consejera y Presidenta del Comité de Auditoría y de la falta de elaboración del preceptivo informe del Comité de Auditoría, no se aprecia que actuaran con la máxima diligencia, ya que no consta se realizara ningún tipo de actividad tendente a conocer los problemas del Comité de Auditoría para cumplir sus funciones y así poder adoptar las medidas correctoras que permitieran mejorar su funcionamiento, ni se investigó las razones por las que la anterior Presidente del Comité había presentado su dimisión. Es más conocido que uno de los 3 miembros del Comité no acudía a las reuniones, lo que producía problemas de quórum no se adoptó ninguna medida ejecutiva para conocer las razones de su falta de asistencia o para proceder a su sustitución de forma inmediata al objeto de que dicho órgano pudiera realizar las funciones que tiene encomendadas en materia de formulación de cuentas al ser el órgano específicamente encargado conforme al artículo 27 de los Estatutos de revisar la información periódica del proceso de elaboración de la información económico-financiera, entre la que se encuentra los informes financieros anuales. Siendo ese el último día de plazo para aprobar las cuentas anuales, lo único que se acuerda es el nombramiento de un nuevo Presidente del Comité de Auditoría, en este caso el recurrente pero respecto a ese otro miembro que no asiste no se adopta ninguna medida contundente sólo se recoge que uno de los consejeros manifiesta *"que se postula para incorporarse como miembro del Comité de Auditoría, dado que el otro miembro de dicho Comité, el consejero PC.S. XXI tampoco asiste a ninguna reunión ignorándose los motivos"*.

El recurrente pretende en su demanda negar que tuviera conocimiento de los requerimientos de la CNMV hasta que recibió el 9 de junio de 2009 como Presidente del Comité de Auditoría, copia del tercer requerimiento. En primer lugar, debe decirse que la existencia de los requerimientos de la CNMV no significan el nacimiento a partir de ellos, de la obligación de remitir el IFA. Al contrario, recordando la gravedad de la falta de remisión, la CNMV requiere el inmediato cumplimiento de la obligación hasta en 3 ocasiones. El actor como Consejero y desde el 31 de marzo de 2009 Presidente del Comité de Auditoría conocía perfectamente los deberes de información hacia la CNMV. Pero es que además esta afirmación no se corresponde con la realidad. Al folio 931 consta correo electrónico de 21 de mayo de 2009 dirigido entre otros por el Secretario del Consejo de Administración al hoy actor, donde éste es informado del segundo requerimiento de 12 de mayo de 2009 de la CNMV. Se acredita así que no es cierta la afirmación del actor sobre su conocimiento de los requerimientos de la CNMV a partir del 9 de junio de 2009. Así consta que el 21 de mayo de 2009, el Secretario del Consejo de Administración remitió a la dirección de correo electrónico del recurrente el siguiente mail *"estimados consejeros. Les remito la carta de la Comisión Nacional del mercado de Valores (CNMV) recibida en el día de ayer por la que nos requieren por segunda vez para remitir documentación e información preceptiva , requerimiento que no ha podido cumplimentarse por los hechos de los que son conscientes todos y cada uno de los miembros del este Consejo de Administración. En dicha carta se nos hacen las advertencias legales de la normativa aplicable a nuestra condición de sociedad cotizada"*.

El hecho de negar un dato que consta con fehaciencia acreditado resta credibilidad al resto de sus alegaciones, referidas a la ocultación de información por parte del Presidente D. R.E.N. más teniendo en cuenta que el recurrente es consejero de la Seda de Barcelona desde el 14 de diciembre de 2000 y D. R.E.N. consta como Presidente /Consejero desde el 8 de junio de 1994, sin que conste que hasta que se incoe este expediente sancionador hubiera manifestado discrepancias sobre su modo de ejercer sus funciones. Por otra parte que siendo el consejero recurrente ya Presidente del Comité de Auditoría (desde el 31 de marzo de 2009) y por tanto habiendo transcurrido un tiempo razonable al objeto de realizar actuaciones para conocer la situación económico -financiera de la sociedad partiendo de que el mismo reconoce que existía un entorno de tensión con extraordinaria dificultad para obtener información, no solo no asiste a las reuniones del Consejo de 13 de mayo de 2009 (folio 1801 del expediente) y de 27 de mayo de 2009 (folio 1824) pese al cargo que ocupa y el incumplimiento de los plazos para formular las cuentas anuales (finalizaba el 31 de marzo de 2009) y remitir a la CNMV el informe financiero anual (30 de abril de 2009) sino que además delega su representación y voto en el Presidente de la entidad, teniendo además en cuenta que en la reunión de 27 de mayo de 2009 en el orden del día estaba prevista la firma y declaración sobre el contenido de las cuentas anuales consolidadas y la información económico-financiera del primer trimestre de 2009.

CUARTO: Subsidiariamente, en caso de que no se estimaran los argumentos señalados en los fundamentos anteriores y se considerara responsable al recurrente, entiende el recurrente que la infracción debería ser calificada como infracción grave prevista en el artículo 100 j) de la LMV consistente en 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, al entender que en este caso el recurrente no ha llevado a cabo una actuación que pueda ser considerada como de negligencia grave.

Confunde el recurrente el planteamiento. La negligencia grave que se exige en el tipo de infracción muy grave 99 m) se debe apreciar respecto de la conducta de la sociedad que es la obligada a remitir el informe financiero anual y conforme a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. Una vez acreditada que la sociedad ha cometido la conducta infractora muy grave puede además declararse responsable de la infracción cometida por la sociedad a los miembros del Consejo de Administración, para lo cual aquí si es necesario examinar la conducta concreta del consejero para determinar si esa conducta es dolosa o negligente. Por lo tanto la falta de negligencia de un consejero no determina el cambio de calificación de la infracción muy grave a grave cometida por la persona jurídica sino que la concurrencia de ese requisito determinará que se le considere responsable o no de la infracción cometida.

No se aprecia se haya vulnerado el principio de proporcionalidad en la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito cuantificación de la sanción conforme a los criterios establecidos en el artículo 14 de la LDIEC al que se remite el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores. Hay que tener en cuenta que la sanción pecuniaria que se puede imponer conforme al artículo 105 de la LMV a los administradores que sean responsables de la infracción es una multa de hasta 300.500 euros y en este caso la multa impuesta asciende a 10.000 euros, por tanto en su margen inferior que es la misma que la impuesta a los otros consejeros que no tenían encomendadas funciones especiales. El hecho de que el retraso se deba a la intención de los Consejeros de presentar un informe de cuentas anuales que refleje la imagen fiel, no excluye la existencia de responsabilidad ya que como se razona en la resolución recurrida no se adoptó la diligencia debida para presentar las mismas en plazo y ese retraso pudo inducir a error a los inversores a la hora de tomar decisiones en ese periodo teniendo en cuenta que la información remitida por la seda en el informe financiero anual de 2008 discrepa muy sustancialmente respecto de la información de la que disponía el inversor con anterioridad. Por otra parte, precisamente el principio de proporcionalidad se ha matizado en el caso del recurrente ya que el otro miembro del Comité de Auditoria D. J.S.P. se le impone una sanción de 20.000 euros ya que formaba parte del mismo con anterioridad al recurrente que se incorporó como Presidente el 31 de marzo de 2009 si bien era consejero desde el 14 de diciembre de 2000. Es decir no se ha agravado la responsabilidad del recurrente por el hecho de ser Presidente del Comité de Auditoria, respecto a la del resto de los Consejeros.

QUINTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción vigente en la fecha de la interposición del recurso (anterior a la ley 37/2011, de 10 de octubre) no procede hacer imposición de costas.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. J.L.M.G.** contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 en la parte que acuerda imponer al recurrente una multa de 10.000 euros. No se hace imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma **no cabe recurso de casación**, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.