

**SENTENCIA DEL JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**  
**Nº 5 DE 28 DE OCTUBRE DE 2014**

**Recurso nº:** 623/2013  
**Magistrada:** D<sup>a</sup>. Emilia Peraile Martínez  
**Acto Impugnado:** Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 13 de junio de 2013.  
**Fallo:** Desestimatorio

En Madrid, a veintiocho de octubre de 2014.

D.ª Emilia Peraile Martínez, Magistrada del Juzgado Central de lo Contencioso Administrativo nº 5, ha visto los presentes autos de Procedimiento Abreviado nº 623/2013 instados por **D. G.G.P.**, representado por la Procuradora, D.ª G.M.T., habiendo comparecido al acto de la vista el Oficial Habilitado, D. J.M.P.G., y asistido del Letrado D. G.S.C., contra la COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES, MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD, representado por el Abogado del Estado, sobre sanción en materia de mercado de valores.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por la parte actora, D. G.G., con fecha 2-09-13, se interpuso recurso contencioso administrativo contra la orden del Sr. Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 13-06-13, por la que le impone una sanción de 6.000 € en el expediente advo.

Recurso que repartido por el Servicio de Registro y Reparto de estos Juzgados, se remitió a este órgano judicial con igual fecha.

**SEGUNDO.-** Tras los oportunos trámites procesales, que son de ver en las actuaciones, por decreto de fecha 8-10-13 se admitió a trámite la demanda y se dio traslado de la misma a la Adm. recurrida; se acordó la remisión del expediente advo y se señaló la celebración de la vista para el día 08-5-14, la cual se celebró con el resultado que es de ver en el sistema de grabación, y donde se planteó por parte de la representación de la Ad. Recurrida cuestión de competencia y que una vez tramitado el oportuno incidente, se dictó auto con fecha 6-6-14 declarando la competencia de la Sala de lo Contencioso advo de la Audiencia Nacional.

Repartidos los autos a la Sección 3ª; con fecha 15-7-14, dictó auto en el PO 1600/14 declarándose incompetente y devolviendo las actuaciones a este órgano judicial.

**TERCERO.-** Por providencia de 25-9-14 se acordó oír a las partes a fin de que se pronunciasen sobre la necesidad de la celebración de nueva vista, interesando aquellas dar por reproducida la vista celebrada el 8-5-14; dictándose providencia con fecha 14-10-14 declarando las actuaciones conclusas para sentencia.

La cuantía de esta litis se fija en 6.000 €.

**CUARTO.-** En la tramitación de este procedimiento se han cumplido los trámites legales.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** D. G.G., interpuso recurso contencioso administrativo contra la orden del Sr. Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 13-06-13, por la que le impone una sanción de 6.000 € en el expediente advo tramitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Alega dicho recurrente que la Orden impugnada le imputa la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 letra m) de la ley 24/1998 de 28 de julio en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal por la no remisión y difusión del informe financiero anual del ejercicio de 2011 de la sociedad Fergo AISA SA.

Imputación, dice, que infringe el art. 95 de la Ley de Mercado de Valores. Y ello por cuanto que la remisión o difusión del informe financiero corresponde en la sociedad a quien tiene facultades representativas.

Es el art. 35.7 de la LMV el que hace referencia a posterior desarrollo de las personas que dentro de los órganos de administración deben cumplir el deber de remitir el informe financiero anual a la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Por tanto el criterio legal está anticipando que esta actuación tiene que ser llevada a cabo por una posición determinada dentro del órgano de administración de la sociedad.

La Ley del Mercado de Valores acoge el principio que los deberes que impone a los administradores de las sociedades sujetas a su régimen se tienen que entender y aplicar según se haya organizado la administración de la sociedad. Así se desprende del art. 95 de la LMV.

Debe entenderse que existiendo un consejero delegado ha de exigirse a éste la conducta y no a los demás miembros del consejo de administración por cuanto que la delegación, por sí, implica dejar en manos del consejero delegado nombrado el cumplimiento de los deberes que se imponen al consejo de administración o a los administradores de la sociedad.

Así, existiendo un consejero delegado, como es el caso en la sociedad FERGO AISA SA, no puede imputarse comportamiento doloso alguno a los demás administradores. Desde el momento en que la delegación está inscrita en el Registro Mercantil y comunicada debidamente a la CNMV, la exigencia del cumplimiento de los deberes que a los administradores impone la LMV debe hacerse en la persona del consejero delegado.

En suma, existiendo un consejero delegado el régimen del artículo 95 de la LMV sólo puede entenderse con la exoneración automática de los demás administradores por las infracciones dolosas o negligentes en el cumplimiento de los deberes que se han trasladado al consejero delegado.

Argumenta que no ha tenido nunca funciones delegadas del consejo de administración

de FERGO AISA SA. La Orden recurrida vulnera, pues, el art. 95 de la LMV. También infringe el punto primero del aludido artículo 95.

No asistiendo a la reunión no se puede ni votar en contra ni salvar el voto. Indica que dejó de asistir a las reuniones del consejo de administración de FERGO AISA SA por discrepancias con el gobierno de la sociedad y la falta de consideración a las aportaciones de los consejeros administradores. La discrepancia es causa justificada para no asistir.

El hecho innegable y aceptado por la CNMV de inasistencia del demandante responde a la causa justificada de discrepancia y crítica. Discrepancia confirmada por su dimisión de su condición de consejero el 7-6-12.

No puede, pues imputársele conducta alguna por negligencia en el funcionamiento colegiado del órgano de gobierno.

La imputación de la infracción incurre en desviación de poder.

En la vista indicó que el régimen de responsabilidad ha de situarse en el general de los administradores.

La Adm. recurrida se opuso al presente recurso alegando en primer término la falta de competencia de este Juzgado. Incidente que se resolvió de la manera indicada en los antecedentes de esta resolución.

Solicitó sentencia desestimatoria del recurso.

Refiere que las cuestiones planteadas se han resuelto por la actuación adva cuestionada.

El demandante ha sido sancionado por el incumplimiento de determinadas obligaciones. No existe causa que justifique el comportamiento de aquel. Se trata de una omisión culpable. No se dan las circunstancias puestas de manifiesto por el recurrente.

**SEGUNDO.-** Del examen del expediente advo se desprende que, con fecha 26-7-12 se acuerda la incoación de expediente advo sancionador frente a la S.A. Fergo AISA y frente a los miembros de su Consejo de Administración, entre otros, el aquí recurrente.

Y ello por la presunta comisión de una infracción tipificada de muy grave en el artículo 99, letra m), de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la no remisión y difusión de información financiera periódica y, en concreto, del informe financiero anual del ejercicio de 2011.

Se dice que la composición del Consejo de Administración de la Entidad, a 30 de abril de 2012, fecha en la finalizó el plazo para remitir el informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2011, es el siguiente según la información extraída del Registro Mercantil: D. R.A.C. (consejero); D. R.F.T. (secretario consejero); D. C.F.G. (presidente consejero delegado); D. G.G.P. (vicepresidente); D. J.H.V. (vicesecretario

consejero); D. J.P.M. (consejero) y D. R.P.I. (consejero).

Tras la formulación del pliego de cargos y la propuesta de resolución, el demandante presenta alegaciones a la misma indicando que en el presente caso el compareciente deja de asistir a las reuniones del consejo de administración de FERGO AISA SA por discrepancias con el gobierno de la sociedad y la falta de consideración a las aportaciones de los consejeros administradores. La discrepancia es causa justificada para no asistir. Añade que dimite de su condición de consejero el 7-6-12.

La falta de remisión del informe es una acción ejecutiva que, sólo puede imponerse en quienes siendo consejeros tengan facultades de representación.

No tiene facultades representativas.

La orden cuestionada impone a la S.A. Fergo AISA y a los miembros del Consejo de Adm. de dicha entidad, entre ellos al recurrente, sendas sanciones por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra m), de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal, por la no remisión y difusión del Informe financiero anual del ejercicio 2011.

Concretamente impone a la S.A. Fergo AISA una multa de 30.000 €.

A los miembros del Consejo de Administración de la citada entidad: don R.A.C., don R.F.T., don G.G.P., don R.P.I. y don J.H.V., una multa de 6.000 € a cada uno de ellos.

Y a los también miembros del Consejo de Administración de Fergo Aisa, S.A.: don J.P.M. y don C.F.G., una multa de 10.000 € a cada uno de ellos.

Dicha resolución considera hechos probados, entre otros, la falta de remisión y difusión del informe financiero anual del ejercicio 2011.

Se afirma en la relación de hechos probados que "con fecha 20 de abril de 2012, FERGO AISA remitió un Hecho Relevante a la CNMV comunicando que su Consejo de Administración, en sesión extraordinaria y a fin de salvaguardar los intereses de los accionistas, bonistas, trabajadores y acreedores, tomó por unanimidad el acuerdo de presentar en esa misma fecha ante el Juzgado competente, el inicio de las negociaciones con el fin de conseguir un acuerdo de refinanciación con la totalidad de los acreedores, tal como está previsto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal 22/2003, de 9 de julio. Que el 24 de abril de 2012 y núm. de registro de salida 2012074370, la CNMV envió un requerimiento a FERGO AISA solicitando la ampliación de la información contenida en el mencionado Hecho Relevante, concediéndole un plazo de quince días hábiles a partir de la fecha de recepción del mismo para su contestación. Asimismo, en el citado escrito se indicó a la Sociedad que "si a la fecha de su contestación no hubiera enviado a la CNMV el mencionado informe anual (correspondiente al ejercicio de 2011), deberá adjuntarlo en su respuesta". La fecha del acuse de recibo es de 2-5-12.

El 21-5-12 FERGO AISA solicitó un aplazamiento hasta el día 30 de junio de 2012 para

contestar el requerimiento efectuado el 24 de abril, justificando la solicitud por el retraso en la confección del plan de pago y refinanciación que debe ser sometido a aprobación por parte de los acreedores.

El día 22 de mayo de 2012, la CNMV contestó por escrito a la Sociedad, en relación con la solicitud realizada, concediendo un plazo adicional de ocho días hábiles a contar desde el día siguiente a la fecha del vencimiento inicial, "a excepción de lo dispuesto en el punto 1.7 del citado requerimiento, relativo al envío, a esta Comisión, del informe financiero anual de la Sociedad correspondiente al ejercicio de 2011 que deberá remitirse junto con el informe de gobierno corporativo (IAGC), de forma inmediata, de conformidad con la normativa vigente".

Ese mismo día, la CNMV procedió al envío de un segundo requerimiento exigiendo de nuevo la remisión inmediata del informe financiero anual del ejercicio 2011, individual y consolidado, de FERGO AISA, que comprende las cuentas anuales y el informe de gestión, revisados por el auditor, y las declaraciones de responsabilidad.

Con fecha 1 de junio de 2012, FERGO AISA remitió contestación al requerimiento efectuado el 24 de abril, poniendo de manifiesto, entre otras cuestiones, que estimaban poder entregar el Informe financiero anual antes del 30 de junio de 2012.

El 6 de junio de 2012 FERGO AISA publicó como Hecho Relevante el contenido de las respuestas al requerimiento de 24 de abril.

A la fecha de hoy, FERGO AISA aún no ha remitido a la CNMV el Informe financiero anual de 2011".

También se dice que según la información del Registro Mercantil la composición del Consejo de Administración de la Sociedad en la fecha en la que finalizaba el plazo para remitir el Informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2011 - esto es, el 30 de abril de 2012- eran los citados anteriormente; constando el nombramiento del recurrente como consejero con fecha 29-6-10.

Se argumenta en dicha resolución que el informe financiero anual es la información contable y financiera más importante para las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente la evolución de su situación financiero patrimonial, de sus resultados, de su actividad y de la marcha general de sus asuntos, por lo que especial relevancia tiene su difusión en plazo y mayor la diligencia exigible para ello.

**TERCERO.-** El art. 99 m) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores preceptúa que "Constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el art. 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones: El incumplimiento por parte de las entidades a las que se refieren los arts. 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 art. 35.1 por parte del auditor de cuentas; el incumplimiento de las obligaciones de remisión de la información regulada prevista en el art. 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”.

Art. 35.1 de la citada norma que reza “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”.

Y el art. 95 que “Las personas físicas y entidades a las que resulten de aplicación los preceptos de la presente Ley, así como quienes ostenten de hecho o de derecho cargos de administración o dirección de estas últimas, que infrinjan normas de ordenación o disciplina del Mercado de Valores incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo.

También incurrirán en responsabilidad administrativa sancionable con arreglo a lo dispuesto en este capítulo las agencias de calificación crediticia, establecidas en España y registradas en virtud del Capítulo I del Título III del Reglamento (CE) nº 1060/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009, sobre agencias de calificación crediticia, las personas que participan en las actividades de calificación, las entidades calificadas o terceros vinculados, los terceros a los que las agencias de calificación crediticia hayan subcontratado algunas de sus funciones o actividades, y las personas relacionadas o conectadas de cualquier otra forma con las agencias o con las actividades de calificación crediticia.

Ostentan cargos de administración o dirección en las entidades a que se refiere el párrafo anterior, a los efectos de lo dispuesto en este capítulo, sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, así como sus Directores generales y asimilados, entendiéndose por tales aquellas personas que, de hecho o de derecho, desarrollen en la entidad funciones de alta dirección.

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

No obstante lo señalado en el párrafo anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades, quienes ostenten en ellas cargos de administración o dirección, salvo en los siguientes casos:

1. Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubieran votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubieran dado lugar a las infracciones.

2. Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones similares en la entidad (...)."

Por su parte, el art. 10.1 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con los requisitos de transparencia relativos a la información sobre los emisores cuyos valores estén admitidos a negociación en un mercado secundario oficial o en otro mercado regulado de la Unión Europea indica "Serán responsables del informe financiero anual 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 sobre su contenido".

Por tanto, y a tenor de las disposiciones transcritas, el recurrente, como miembro del consejo de administración de la entidad, si tiene la obligación de velar y cumplir con la remisión del informe y cuya ausencia ha originado la sanción.

No podemos considerar, como así se expone en la resolución sancionadora que por el hecho de no asistir a las reuniones del órgano de administración sea causa justificada a los efectos de exonerar la responsabilidad que como consejero tiene en orden al informe financiero anual de la entidad. Nada se aporta como justificativo de la no asistencia a las reuniones. Hasta junio de 2012 no presentó su dimisión, siendo que finalizaba el plazo para el envío y remisión del informe a finales de abril de 2012 y la propia Comisión requirió en varias ocasiones dicho informe.

Es más, como se refirió, el 20 de abril de 2012, FERGO AISA remitió a la CNMV comunicado indicando que su Consejo de Administración tomó por unanimidad el acuerdo de presentar en esa misma fecha ante el Juzgado competente, el inicio de las negociaciones con el fin de conseguir un acuerdo de refinanciación con la totalidad de los acreedores, tal como está previsto en el artículo 5 bis de la Ley Concursal.

Ninguna oposición consta en tal ficha; a punto de finalizar el plazo de presentación del informe financiero anual.

**CUARTO.-** Ilustrativa es la SAN, sección 6ª, rec. 222/2008, de 3-11-10 que afirma "Alegan los recurrentes que han pertenecido al Consejo de Administración con un carácter deliberativo y no ejecutivo, a diferencia de D. (...) que desempeñaba el cargo de Consejero Delegado.

No acreditan los recurrentes esa limitación de sus funciones como miembros del Consejo de Administración de carácter deliberativo, entendiéndose la Sala que los recurrentes formaban parte del órgano colegiado de dirección de la entidad, al que correspondía el ejercicio de las tareas de administración y gestión de la misma, sin ninguna limitación, sin perjuicio de que el Consejo de Administración, en ejercicio de su libertad organizativa, hubiera delegado alguna de las actividades normales de la gestión social en un Consejero delegado.

La resolución sancionadora considera responsables tanto al Consejero Delegado como a los dos administradores ahora recurrentes, de la infracción de incumplimiento de actividad cometida por la entidad, (...) y esa documentación, por tratarse de documentación de la entidad, estaba a disposición de los miembros de su Consejo de Administración, que pudieron con toda facilidad, y con la diligencia mínima exigible a quien desempeña un cargo de administración en una empresa, consultar dicha documentación y comprobar que la entidad llevaba a cabo actividades de recepción y transmisión de ordenes por cuenta de terceros y de gestión de carteras de inversión, para las que no contaba con la pertinente autorización.

Es cierto, no obstante, que la delegación de facultades en un Consejero Delegado, aunque no exime a los recurrentes de su responsabilidad como administradores, si supone que el Consejero Delegado asumía un mayor grado de responsabilidad en la gestión y administración de la sociedad, lo que implica una mayor responsabilidad en la comisión de las infracciones, como ha sido apreciada por la Orden Ministerial sancionadora, que impuso una multa de un importe superior al Consejero Delegado que a los dos administradores recurrentes, como seguidamente veremos al examinar las alegaciones relativas a la quiebra del principio de proporcionalidad”.

Así ha sucedido en el caso analizado, donde las sanciones de los consejeros van de 6.000 € a 10.000 € según la importancia de la responsabilidad a la luz del cargo.

La también SAN de 25-2-14, secc. 6ª, rec. 402/2011, establece “No resulta necesario repetir en este momento la importancia que tiene el cumplimiento, en plazo, de la obligación impuesta por el artículo 35 de la LMV, pues es constante y reiterada la jurisprudencia recaída en dicho sentido. La credibilidad del sistema financiero se vincula, en una de sus manifestaciones esenciales, a la protección eficaz de los intereses de los inversores, por encima incluso del de las emisoras, y en este sentido es muy ilustrativo el punto 15 de la Exposición de Motivos de la LMV, que subraya, de forma insistente, el papel esencial que juega la recepción de información por parte del supervisor. Esta información debe ser veraz, remitirse de forma ordenada, y en los plazos establecidos, justamente para poder hacer efectiva la razón por la que esta obligación se impone y poder comunicar al mercado, y en consecuencia a los inversores, de forma ordenada y en el momento en que justamente se espera la información, necesaria, para que éstos puedan adoptar las medidas de inversión o desinversión que estimen oportuna (...) nuestro ordenamiento jurídico contempla, sin margen para la duda, la posibilidad de exigir responsabilidad directamente a las sociedades cotizadas por el incumplimiento de sus obligaciones. Así se desprende de los artículos 95, 84.2 a), 95, 102 y 35 de la LMV y 130.1 de la Ley 30/1992 (...). No se trata pues, en este caso, de la actuación individual de un directivo o administrador, plenamente identificado, contraria a los intereses de la sociedad, sino de la actuación de la sociedad misma, que de manera evidente vuelve la espalda, de forma como mínimo negligente, a sus obligaciones más elementales y trascendentes (...). El cumplimiento de la obligación impuesta por el artículo 35 LMV, debe hacerse en el plazo establecido, aspecto que la recurrente relativiza, 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”.

Todo lo expuesto nos lleva a desestimar el presente recurso.

**QUINTO.-** En cuanto a las costas procesales, conforme al artículo 139 de la L.J.C.A. de 13-7-98, se hace expresa condena al recurrente.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### **FALLO**

Que desestimando el recurso contencioso advo interpuesto por D. G.G., contra la orden del Sr. Ministro de Economía y Competitividad, de fecha 13-06-13, por la que le impone una sanción de 6.000 € en el expediente advo tramitado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Declaro que dicha resolución es ajustada a Derecho; y en consecuencia no procede anularla.

Se hace expresa condena en costas a la parte recurrente.

Llévese testimonio de la presente resolución a los autos de su razón.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe formular recurso alguno.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgado, lo pronuncio mando y firmo.