

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Primera

Recurso n°: 2981/2019
Ponente: D. Fernando Román García
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 31 de enero de 2019.
Fallo: Admisión

En Madrid, a 7 de noviembre de 2019.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la mercantil Codere, S.A. y de D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR ha preparado recurso de casación contra la sentencia de 31 de enero de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 3053/2014.

SEGUNDO.- La sentencia que se pretende recurrir en casación desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR contra la Orden del Ministro de Economía y Competitividad –por delegación, el Subsecretario de Economía y Competitividad- de 24 de noviembre de 2014, desestimatoria del recurso de reposición interpuesto contra la orden de 23 de mayo de 2014, por la que se impone a Codere, S.A. una sanción de 100.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra m) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la remisión a la CNMV y difusión de las Cuentas Anuales consolidadas del ejercicio 2012 con datos inexactos o no veraces; y por la que se impone a los miembros del Consejo de Administración y del Comité de Auditoría de Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR, una sanción, a cada uno de ellos, de multa por importe de 10.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra m) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la remisión a la CNMV y difusión de las Cuentas Anuales consolidadas del ejercicio 2012 con datos inexactos o no veraces.

La sentencia considera acreditada la inexactitud de las cuentas anuales consolidadas de Codere, S.A., ejercicio 2012, y que la reformulación posterior de esta inexactitud contable, aunque hubiera tenido lugar con anterioridad al requerimiento de la CNMV, supone un reconocimiento de la relevancia del error contable afectante a la fidelidad de la imagen de la empresa.

Y añade: *«Uno de los principios básicos del derecho de los mercados de valores es la eficiencia de éstos, en el sentido de transparencia e Integridad, de modo que la Información que las entidades emisoras den ha de ser fiable y veraz, clara fidedigna, suficiente, actualizada y difundida en tiempo útil, con el fin de asegurar la Información cierta y válida para los Inversores, observando lo establecido en el artículo 35, en relación con el artículo 10, ambos de la LMV, artículo 526 del TR de la ley de sociedades de capital, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio; y artículo 8 del Real Decreto 1362/2007, grupo normativo del que, al incluir el artículo 99 m) y el 95 arriba citados, resulta la tipificación y la antijuridicidad del incumplimiento por la sociedad cotizada de que obligación de que los datos remitidos a la CNMV no sean veraces, así como la culpabilidad incluso de los miembros del consejo de administración, habida cuenta de la condición de éstos como autores del hecho relevante que subyace en la sanción litigiosa, sin que sea de apreciar causa alguna de inculpabilidad, y ello sobre la base de la antijuridicidad de la conducta en función de la correcta tipificación como muy grave que ha realizado la actuación administrativa combatida y de la ausencia de causas de justificación que tampoco han sido alegadas, por lo que se dan en el caso litigioso las condiciones para el reproche culpabilístico en que consiste la actuación sancionadora puesta aquí en tela de juicio. Véase sentencia de 3 de febrero de 2014, recurso 103/2013, dictada por este tribunal».*

Por último, la sentencia no aprecia falta de proporcionalidad en la sanción.

TERCERO.- La representación procesal de Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR presentó escrito de preparación contra dicha sentencia, en el identifica como normativa infringida, la siguiente:

(a) Artículo 99.m) Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (LMV), en relación con el artículo 100.j) de la misma Ley y el artículo 25.1 CE, en relación con la consideración como conducta típica, susceptible de integrar una infracción muy grave, de un error en la contabilidad que no afecta al patrimonio neto consolidado y que es rectificado mediante una reformulación inmediata por la compañía.

Alega que la expresión "datos inexactos" debe ser interpretada en función del contexto en que está integrada, de suerte que no se produzca una subsunción automática de todo error contable en el tipo infractor muy grave. Añade que dicha expresión forma parte de un contexto donde se observan las siguientes expresiones: "interés de ocultación", "negligencia grave", "datos [...] no veraces", "información engañosa", "que omite aspectos o datos relevantes", expresiones que tienen un elemento común: que, junto a la existencia de un posible error en la contabilidad, concurren un elemento subjetivo reforzado de la conducta del infractor y un impacto significativo en el mercado. Por otra parte, si se interpreta la expresión "datos inexactos" como referida a cualquier incorrección contable, se produciría un vaciamiento del tipo infractor grave. Por ello, la cuestión que plantea es si cubre la expresión "datos inexactos" cualquier supuesto de error contable con independencia de sus características y el elemento subjetivo de la conducta.

(b) Artículo 130.1 Ley 30/1992 (actual artículo 28.1 Ley 40/2015) y la Disposición Adicional 18.^a LMV, en relación con la atribución de responsabilidad a los Consejeros miembros del Comité de Auditoría.

Alega que los miembros del Comité o Comisión de Auditoría tienen una función de supervisión, pero no de elaboración directa de los estados contables, pudiendo haber actuado con diligencia en el ejercicio de sus funciones al haberse cerciorado de que las cuentas anuales han sido elaboradas conforme a los sistemas internos establecidos y haber superado la auditoría externa realizada por un auditor independiente; pero lo que no cabe es exigirles desconfiar del auditor externo, cuestionar su trabajo y realizar una segunda auditoría.

Como supuestos de interés casacional invoca la presunción del artículo 88.3.a) LJCA, al no existir jurisprudencia sobre al artículo 99.m) LMV, siendo necesario (i) que se determine si cualquier incorrección contable, con abstracción de la actuación del interesado y de sus circunstancias, es reconducible al tipo infractor muy grave; y (ii) que se aclare hasta dónde alcanzan las funciones de quienes integran la Comisión de Auditoría, y si esas funciones han de llegar al extremo de corresponderles la plena corrección técnico-contable de los estados financieros cuando éstos superan limpiamente la auditoría de cuentas.

Invoca asimismo el supuesto del artículo 88.2.c) LJCA, por la relevancia de las cuestiones planteadas para los mercados financieros, ya que las obligaciones de elaborar estados financieros y difundir información contable pesan sobre todas las sociedades cotizadas, las cuales han de contar también con una Comisión de Auditoría. Añade que es frecuente la reformulación de cuentas en el ámbito de las sociedades cotizadas, debido a la complejidad de la materia contable.

CUARTO.- La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso por auto de 26 de abril de 2019, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala, así como la remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Se han personado ante esta Sala Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR, representados por la procuradora D.ª GRM, en concepto de parte recurrente, y el Abogado del Estado, en concepto de parte recurrida, quien se opone a la admisión a trámite del recurso de casación.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su Disposición Final Tercera una reforma del recurso de casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como se señala en el Preámbulo de la Ley, «[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]». Es por tanto carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

SEGUNDO.- En relación con la tipicidad de la conducta, susceptible de integrar una infracción muy grave, la parte recurrente, en sus alegaciones, hace supuesto de la cuestión obviando la ratio decidendi de la sentencia de instancia.

En efecto, la Sala de instancia no fundamenta su fallo sobre la consideración de que la expresión “datos inexactos” del artículo 99.m) Ley 24/1988 cubre cualquier supuesto de error contable, con independencia de sus características y el elemento subjetivo de la conducta, como da a entender la parte recurrente.

Antes al contrario, la sentencia considera que la conducta sancionada es incardinable en el citado precepto con base en la relevancia del error contable, afectante a la fidelidad de la imagen de la empresa. Esta afirmación de la sentencia no puede aislarse de los

razonamientos de la resolución administrativa recurrida, y ello al haber sido confirmada en su integridad por la sentencia. Pues bien, la resolución recurrida diferencia los supuestos tipificados por los artículos 99.m) y 100.j) LMV, razonando que «[...] para que pueda entenderse producida la conducta calificada como infracción muy grave ha de cumplir un elemento esencial, que viene constituido por la relevancia de la inexactitud, falta de veracidad u omisión en la información regulada en cuestión. Es decir, no todo suministro a la CNMV de datos inexactos o no veraces o de información engañosa o con omisiones constituye la conducta típica y antijurídica referida, sino que para que una determinada actuación constituya dicha conducta típica y antijurídica, la inexactitud o falta de veracidad, el engaño o la omisión deber ser necesariamente relevante», y concluyendo, por las razones que ofrece, que en el presente caso no puede negarse la relevancia de la inexactitud o falta de veracidad en las cuentas anuales consolidadas de Codere del ejercicio 2012.

En consecuencia, resulta evidente que la sentencia no considera que cualquier error contable integra el tipo del artículo 99.m) de la Ley 24/1988, sino que considera que, para que pueda entenderse producida la conducta calificada como infracción muy grave, es necesaria que la inexactitud haya sido relevante; relevancia que en este caso así ha sido apreciada por la Sala de instancia.

Y, como hemos dicho en otras ocasiones, así en auto de 8 de junio de 2017 (RQ 105/2017), corresponde a quien anuncia el recurso llevar a cabo en el escrito de preparación un esfuerzo argumentativo tendente a la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo, de manera que se justifique que la argumentación de la sentencia resulta equivocada, impertinente o inadecuada, lo que, en relación con la cuestión aquí tratada, no se lleva a cabo correctamente en el escrito de preparación por las razones expuestas.

TERCERO.- No apreciamos, en cambio, déficit en la justificación de la relevancia de la infracción denunciada y su carácter determinante del fallo en relación con la segunda cuestión planteada, referida a la atribución de responsabilidad a los Consejeros miembros el Comité de Auditoría.

La sentencia confirma la culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración sancionados, habida cuenta de la condición de éstos como autores del hecho relevante que subyace en la sanción litigiosa, sin que sea de apreciar causa alguna de inculpabilidad.

La parte recurrente alega que los miembros del Comité o Comisión de Auditoría tienen una función de supervisión, pero no de elaboración directa de los estados contables, pudiendo haber actuado con diligencia en el ejercicio de sus funciones al haberse cerciorado de que las cuentas anuales han sido elaboradas conforme a los sistemas internos establecidos y haber superado la auditoría externa realizada por un auditor independiente; pero lo que no cabe es exigirles desconfiar del auditor externo, cuestionar su trabajo y realizar una segunda auditoría.

Planteada en estos términos la controversia, debe tenerse en cuenta que esta Sala, por AATS de 3 y 10 de diciembre de 2018 y 12 de abril de 2019, hemos admitido los RRCA 5280/2018, 5244/2018 y 7458/2018, respectivamente, al considerar que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia el «interpretar el artículo

63.2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, en relación con el artículo 25 de la Constitución Española, a fin de determinar si su aplicación exige necesariamente que la participación en la conducta infractora de los representantes legales de la persona jurídica o de las personas que integran sus órganos directivos lo sea a título de cooperador/a necesario/a, excluyéndose otro tipo de intervenciones de menor entidad o de simple complicidad en el hecho infractor». Y aunque la cuestión planteada en los mismos no es idéntica a la plantada en el presente recurso, ni se trata de interpretar las mismas normas en unos y otro recursos, sin embargo, si están estrechamente relacionadas, pues se trata, en supuestos de sanción impuesta a una persona jurídica, de dilucidar la responsabilidad de las personas que integran los órganos directivos.

Y aunque existe abundante jurisprudencia de esta Sala referida a los principios de responsabilidad y culpabilidad, se considera preciso precisar o modular dicha doctrina a fin de determinar el alcance de la responsabilidad de los Consejeros de Administración de las sociedades cotizadas –en este caso, de los Consejeros miembros del Comité de Auditoría- por la inexactitud o falta de veracidad en las cuentas anuales consolidadas, derivadas de una auditoría externa.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del poder judicial, en la sección correspondiente al Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

QUINTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir el recurso de casación n.º 2981/2019 preparado por la representación procesal de Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JZ y D. JRR contra la sentencia de 31 de enero de 2019, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso n.º 3053/2014.

2.º) Declarar que la cuestión planteada en el recurso que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en precisar o modular la doctrina referida a los principios de responsabilidad y culpabilidad, a fin de determinar el alcance de la responsabilidad de los Consejeros de Administración de las sociedades cotizadas – en este caso, de los Consejeros miembros del Comité de Auditoría- por la inexactitud o falta de veracidad en las cuentas anuales consolidadas, derivadas de una auditoría externa.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (actual artículo 28 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), y el artículo

105 y la Disposición Adicional 18.^a de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (actuales artículos 306 del Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, y 529 quaterdecies del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente), sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso.

4.º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.