

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 8 DE OCTUBRE DE 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso n.º: 2981/2019
Ponente: D. Eduardo Espín Templado
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 31 de enero del 2019
Fallo: Desestimatorio

En Madrid, a 8 de octubre de 2020.

Esta Sala ha visto, constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 2981/2019, interpuesto por Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JP y D. JRR, representados por la procuradora D.ª GRM y bajo la dirección letrada de D. MVF, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 31 de enero de 2019 en el recurso contencioso-administrativo número 3053/2014. Es parte recurrida la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Espín Templado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el proceso contencioso-administrativo antes referido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 31 de enero de 2019, desestimatoria del recurso promovido por Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D. JP y D. JRR contra la resolución del Ministro de Economía y Competitividad de 24 de noviembre de 2014, por la que se desestima el recurso de reposición que habían interpuesto contra la Orden del propio Ministro de 23 de mayo de 2014. Esta orden resuelve el procedimiento sancionador incoado por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

SEGUNDO.- Notificada dicha sentencia a las partes, la demandante presentó escrito preparando recurso de casación contra la misma, teniéndose por preparado dicho recurso por auto de la Sala de instancia de fecha 26 de abril de 2019, al tiempo que ordenaba remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

TERCERO.- Tras recibirse las actuaciones y haberse personado las partes que se recogen en el encabezamiento de esta resolución, se ha dictado auto de 7 de noviembre de 2019 por el que se admite el recurso de casación, declarando 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.

Identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación, las siguientes: 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.

CUARTO.- A continuación se ha concedido plazo a la recurrente para interponer el recurso de casación, desarrollando en el correspondiente escrito los argumentos en que basa la infracción que alega del artículo 130.1 de la Ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común (actual art. 28.1 de la Ley 40/2015), del artículo 105 de la

Ley del Mercado de Valores (actual art. 306 del texto refundido) y de la disposición adicional decimoctava de esta misma ley (actual art. 529 quaterdecies del texto refundido).

Termina dicho escrito con el suplico de que se estime el recurso, fijando la interpretación de las normas y jurisprudencia que invoca, y que se anule la sentencia recurrida y estime el recurso contencioso-administrativo, acordando la anulación de la resolución administrativa impugnada en la instancia, y ordenado a la Administración a estar y pasar por dicha declaración de nulidad a todos los efectos, con imposición a la Administración de las costas causadas.

Mediante otrosí solicita que se acuerde la celebración de vista pública.

QUINTO.- Seguidamente se ha dado traslado del escrito de interposición del recurso de casación a la parte recurrida, quien ha presentado en el plazo otorgado su escrito de oposición, en el que solicita que se dicte sentencia por la que se fije doctrina en los términos que interesa en el escrito y desestime el recurso de casación, confirmando la sentencia recurrida por ser ajustada a derecho.

Por otrosí expone que no considera necesaria la celebración de vista pública.

SEXTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública dada la índole del asunto, por providencia de fecha 7 de julio de 2020 se ha señalado para la votación y fallo del presente recurso el día 22 de septiembre del mismo año, en que han tenido lugar dichos actos.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto y planteamiento del recurso.

La sociedad mercantil Codere, S.A., y cuatro de sus miembros del Consejo de Administración, pertenecientes al Comité de Auditoría de la empresa, impugnan mediante el presente recurso de casación la sentencia dictada el 31 de enero de 2019 por la Audiencia Nacional en materia de sanciones por infracción de la Ley del Mercado de Valores. La sentencia recurrida desestima el recurso contencioso administrativo entablado por los mismos actores contra la Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 23 de mayo de 2014 por la que se les impusieron sendas multas por la infracción muy grave consistente en la remisión a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia y la difusión de las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2012 con datos inexactos o no veraces.

En su escrito de demanda los recurrentes consideran que a los miembros del Consejo de Administración se les ha sancionado por responsabilidad objetiva, y sostienen además que sus funciones no son las propias del auditor, por lo que no se les puede conferir responsabilidad por los errores o inexactitudes de las cuentas auditadas por el hecho de pertenecer al Comité de Auditoría. El Abogado del Estado defiende la conformidad a derecho de la sanción impuesta a los consejeros y de la sentencia de instancia.

El recurso de casación fue admitido por auto de 7 de noviembre de 2019 en el que se declaraba de interés casacional 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.

SEGUNDO.- Sobre los fundamentos de la sentencia recurrida.

La sentencia de instancia desestima el recurso contencioso administrativo con las siguientes consideraciones jurídicas:

«SEGUNDO.- Alega, en síntesis, la actora, falta de motivación de las sanciones por haber existido un error involuntario, que dio lugar a que determinados apuntes contables aparecieran en unas partidas en lugar de en otras, habiendo reformulado dichas cuentas para corregir dicho error, a requerimiento de la CNMV, y sin que dicho error afecte al patrimonio neto consolidado en su conjunto. Y la parte recurrente alega también que por causa de ese error, la conducta sancionada no es típica ni antijurídica ni culpable ni grave ni proporcionada.

TERCERO.- *Consta acreditada la inexactitud en las cuentas anuales consolidadas de CODERE, ejercicio 2012, incumpliendo lo previsto en la NHF (UE) 3, apartado 42, siendo el resultado atribuible a la sociedad dominante que aquéllas presentaban de 104.7 millones de euros en pérdidas, cuando lo cierto es que debieron reflejar pérdidas por 29.3 millones, es decir, 134 millones de euros, resultando así una diferencia de un 28%.Y 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.*

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.

Tampoco es de apreciar falta de proporcionalidad en la sanción impuesta, habida cuenta la relevancia que la información tenía para el mercado, según resulta de la resolución administrativa objeto del recurso y cuyos fundamentos, debidamente motivados, no han sido desvirtuados.

Por último, resulta procedente dar aquí por reproducidos los fundamentos de la sentencia dictada por este tribunal el 29 de noviembre de 2018, recurso 245/2017, en que se ratificó la sanción impuesta a la entidad auditora, precisamente por causa de haber informado favorablemente las cuentas anuales individuales y consolidadas del ejercicio 2012 de CODERE a que esta Litis se contrae.

En definitiva, y por lo expuesto, se impone la desestimación del actual recurso al carecer la demanda de términos hábiles para su acogimiento.

Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora por imperativo del artículo 139.1 de la LJ.» (fundamentos de derecho segundo y tercero)

TERCERO.- Sobre la responsabilidad de los consejeros miembros del Comité de Auditoría.

Se debate en casación exclusivamente la responsabilidad de los consejeros miembros del Consejo de Administración que a su vez lo eran del Comité de Auditoría, no en cambio la de la propia sociedad Codere, que no es planteada en casación. Sostiene la parte recurrente que los miembros del Comité de Auditoría no son responsables de los errores contables que pudieran producirse al elaborar las cuentas anuales, especialmente cuando el auditor de cuentas de la sociedad ha avalado las cuentas sin salvedades. De lo contrario se les estaría equiparando en sus funciones y responsabilidad al propio auditor y se estaría configurando un supuesto de responsabilidad objetiva. Tal interpretación resultaría contraria al principio de responsabilidad contenido en el artículo 130 de la Ley de procedimiento administrativo (en el caso, la 30/1992, de 26 de noviembre, hoy el 28.1 de la Ley 40/2015), sin permitirles demostrar en qué medida han hecho uso de sus funciones para evitar el resultado producido o, incluso, que habiendo realizado la actividad necesaria para evitar dicho resultado, no pudo evitarse.

Afirma la parte recurrente que si bien los miembros del Comité de Auditoría cuentan con unos especiales conocimientos en la materia, dicho órgano tiene la función de dirección y supervisión de los sistemas de auditoría implantados en la sociedad, así como de la vigilancia de la independencia del auditor externo, pero en modo alguno les corresponde duplicar el trabajo del auditor y realizar una segunda auditoría.

La alegación ha de ser rechazada. En contra de lo que sostiene la parte, la sentencia recurrida no se basa en una concepción de responsabilidad objetiva que vaya en contra del principio de responsabilidad personal recogido en el citado artículo 130 de la Ley 30/1992. Tiene razón la parte recurrente en que los especiales deberes de vigilancia que han de asumir los miembros del Consejo de Administración que forman parte, a su vez, del Comité de Auditoría, no les convierte en auditores ni asumen o duplican las tareas del auditor externo. Por consiguiente, en ningún caso se puede producir una traslación objetiva de la responsabilidad de los auditores a los miembros del Comité de Auditoría.

Ahora bien, su función de dirección y supervisión de los sistemas de auditoría de la sociedad mercantil, entre los que destaca por su importancia el auditor externo, así como su especial formación en materia de contabilidad y su conocimiento de las cuentas de la sociedad, les hace tener una especial responsabilidad en todo lo que se refiera a la correcta realización de las tareas de contabilidad y auditoría desarrolladas por la sociedad. A este respecto debe recordarse que la disposición adicional decimoctava de la Ley del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio), en la redacción entonces vigente, especificaba como función del Comité de Auditoría, entre otras, la de «3º. Supervisar el proceso de elaboración y presentación de la información financiera regulada». Es claro que dicha especial responsabilidad no supone que se les pueda imputar cualquier error o inexactitud de las labores de contabilidad y, en particular, de la elaboración y presentación de las cuentas anuales. Y es claro también que es el auditor externo a quien le corresponde fundamentalmente verificar la exactitud y veracidad de las cuentas anuales. Pero los deberes de supervisión de los miembros del Comité de Auditoría, que reconoce la propia parte recurrente y, por ende, su responsabilidad en materia de auditoría y contabilidad, sí alcanza a la revisión de la correcta realización de las tareas de auditoría y, por tanto, a que una labor de gran impacto para la imagen de la empresa como lo son las cuentas anuales, aun siendo auditadas por un auditor externo, no incurran en errores o inexactitudes graves, como ha sido el caso.

Esto lleva a la conclusión de que, en el caso de un órgano societario como el Comité de Auditoría, con las funciones especiales que se han indicado en materia de contabilidad, la responsabilidad de sus miembros en la materia estará anudada a una ponderación en el caso concreto de dos factores: por un lado, la gravedad o relevancia del posible error o inexactitud

cometido y, por otro, la conducta o actividad de sus miembros y, en consecuencia, su personal responsabilidad.

Pues bien, en el supuesto que examinamos puede constatarse, y así lo manifiesta expresamente la Sala de instancia, que se produjo, por un lado, una inexactitud o falta de veracidad en las cuentas anuales de relevancia indiscutible y, por otro, una completa ausencia de causas o circunstancias de exención personal de la responsabilidad de los consejeros sancionados.

En lo que respecta a la gravedad, ha de convenirse con lo afirmado en la sentencia recurrida, que la justifica en los dos primeros párrafos del fundamento tercero que se ha transcrito. Omitir la eliminación de un fondo en las cuentas anuales consolidadas de un ejercicio, reflejando como consecuencia de ello unas pérdidas notablemente inferiores a las sufridas (un 28% inferiores, 104,7 millones de euros en vez de 134) en una sociedad cotizada, es de una gravedad incuestionable, pues altera de manera sustancial la imagen de la situación económica de la empresa. Una inexactitud que, aun concediendo que fuera, como se afirma, involuntaria, no deja de ser muy relevante, sin que quede invalidada o minimizada por el hecho de que la referida información sí fuese incorporada a los resultados acumulados, ni tampoco porque al difundir como hecho relevante la corrección de la inexactitud -sólo tras el requerimiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia- la cotización de la sociedad no sufriese alteraciones de importancia. Una supervisión diligente por parte del Comité de Auditoría respecto a las cuentas anuales les hubiera puesto de manifiesto un error grueso, puesto que no podían ser ignorantes ni de la entidad de las pérdidas sufridas en el ejercicio ni de la necesidad de que se reflejasen adecuadamente en las cuentas consolidadas del ejercicio. En suma, coincidimos con las consideraciones de la sentencia impugnada en cuanto a la gravedad de la inexactitud de los datos difundidos y proporcionados al regulador en una sociedad cotizada. Por consiguiente, no haberla advertido lleva aparejada la responsabilidad de los miembros del comité de auditoría en su función de supervisión de las tareas de contabilidad de la sociedad, que fue desarrollada sin la necesaria diligencia.

Y en cuanto a la concreta conducta de los consejeros miembros del Comité de Auditoría, es preciso insistir que en ningún caso se les imputa una responsabilidad objetiva por cualquier error en las cuentas anuales o en otras actividades de contabilidad o auditoría. La sanción es conforme a derecho por la referida falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones como miembros del Comité de Auditoría, al no haber detectado una inexactitud grave para la imagen de la compañía en las cuentas anuales consolidadas del ejercicio 2012, sin que ello suponga exigirle que duplique las funciones del auditor externo, pues se les sanciona por una negligencia en sus propias funciones de supervisión, como ya se ha indicado.

Por otra parte es necesario subrayar lo que pone de manifiesto la Sala de instancia en relación con la responsabilidad de los Consejeros, y es «la ausencia de causas de justificación que tampoco han sido alegadas», que le lleva a concluir la culpabilidad de los sancionados. En efecto, tampoco en casación se aduce ninguna razón o circunstancia concreta que justificase o explicase su conducta de manera que quedase excluida la falta de diligencia en el cumplimiento de sus funciones por parte de unos consejeros con especiales conocimientos en materia de contabilidad y auditoría.

Digamos por último que la desestimación del recurso y la declaración de que la sanción fue ajustada a derecho no supone declarar que sean erróneas las afirmaciones que la parte propone en el suplico, como se desprende de las consideraciones jurídicas ya realizadas. Así, hemos rechazado de manera explícita que la sanción se fundamente en una responsabilidad de carácter objetivo por el mero desempeño de su cargo o su sola pertenencia al Comité de Auditoría. También hemos afirmado que las funciones que desempeñan en el referido órgano no son equivalentes ni les confieren la misma responsabilidad que la propia del auditor de cuentas, así

como que la sanción se corresponde con la negligencia en el desempeño de sus funciones propias como miembros del órgano responsable de una supervisión de las labores de auditoría, lo que supone una consideración de su actuación y la ausencia de causas concretas de exculpación en la conducta de los consejeros sancionados. Pero, por las razones expresadas con anterioridad, todas esas consideraciones no evitan en el presente supuesto la desestimación del recurso, sino que, contrariamente, conducen y a la confirmación de la sentencia impugnada y, por ende, de la sanción impuesta.

CUARTO.- Conclusión y costas.

Por las razones expuestas en el fundamento anterior, no ha lugar al recurso de casación. En dicho fundamento se da respuesta a la cuestión de interés casacional en relación con la responsabilidad de los consejeros de administración que tengan funciones de supervisión en materia de contabilidad o auditoría por inexactitud o falta de veracidad en dichas materias, responsabilidad que ha de ponderarse en función de la gravedad de la infracción y la concreta actuación de los consejeros.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 93.4 de la Ley de la Jurisdicción, se mantiene las costas declaradas en la sentencia recurrida para la instancia y, en casación, cada parte abonará las causadas por ella y las comunes por mitad.

F A L L O

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido, de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico tercero:

1. Declarar que no ha lugar y, por lo tanto, desestimar el recurso de casación interpuesto por Codere, S.A., D. EVS, D. JZP, D.JP y D. JRR contra la sentencia de 31 de enero de 2019 dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección Tercera) de la Audiencia Nacional en el recurso contencioso-administrativo 3053/2014.
2. Confirmar la sentencia objeto de recurso.
3. No imponer las costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.