

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 23 DE JULIO DE 2013

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 72/2011  
**Ponente:** Dña. Ana Isabel Resa Gómez  
**Acto Impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 20 de diciembre de 2010 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 11 de octubre de 2010.  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a veintitrés de julio de dos mil trece.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 72/2011 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador Don J.D.L., en nombre y representación de **RÚSTICAS S.A., DON J.M.S., HOTELES JERESA S.A., DON C.C.C., C. Y C. S.A., AZAHAR, S.A. y DON M.C.A.**, contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2010 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 11 de octubre de 2010 por la que se imponen diversas sanciones a propuesta de la CNMV; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO-** La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que anule la resolución impugnada, subsidiariamente se califique la conducta como infracción leve, imponiéndose a la sociedad la sanción en el grado mínimo de la mitad inferior de las correspondientes a las infracciones leves que contempla el art. 104 LMV.

**TERCERO-** El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, y solicitando, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos la desestimación del recurso.

**CUARTO-** Solicitado el recibimiento del pleito a prueba fue practicada la que propuesta se declaró pertinente con el resultado obrante en autos y tras evacuar las partes el trámite de conclusiones quedaron los autos conclusos y pendientes de señalamiento para votación y fallo, lo que tuvo lugar el día 9 de julio de 2013 en el que efectivamente se deliberó, votó y falló habiéndose observado en la tramitación del presente recurso todas las prescripciones legales.

## **FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

**PRIMERO-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo, la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2010 del Ministerio de

Economía y Hacienda por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 11 de octubre de 2010 por la que resolviendo el expediente sancionador acordó:

1.- Imponer a Rústicas S.A. por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra m) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el art. 35.1 del mismo texto legal, por la remisión a la CNMV del informe financiero anual de 2008 con retraso de 49 días respecto del plazo máximo previsto en el citado art. 35.1 y su normativa de desarrollo, una sanción de multa por importe de 15.000€.

2.- Imponer a cada uno de los miembros del Consejo de Administración por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra m) de la Ley 24/88, de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el art. 35.1 del mismo texto legal, por la remisión a la CNMV del informe financiero anual de 2008 con retraso de 49 días respecto del plazo máximo previsto en el citado art. 35.1 y su normativa de desarrollo, una sanción de multa por importe de 6.000€.

**SEGUNDO-** Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- Caducidad del expediente sancionador
- Infracción del principio de tipicidad al no darse los presupuestos exigidos en el art. 99 m) de la LMV, esto es, interés de ocultación y negligencia grave.
- Ausencia de culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración
- Infracción del principio de proporcionalidad.

**TERCERO-** La resolución impugnada recoge como antecedentes de la misma, resumidamente los siguientes:

Rústicas difundió al mercado y remitió a la CNMV el informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2008 con un retraso de 49 días respecto del plazo legalmente establecido, que es el que transcurre entre el día 30 de abril de 2009 –fecha límite, según la legislación vigente, para difundir y remitir a la CNMV el informe financiero anual- y el 18 de junio de 2009, fecha en que efectivamente lo hizo. Esta remisión se produce además, después de tres requerimientos de la CNMV exigiendo el cumplimiento de la obligación, que fueron desatendidos, sin causa justificada y de que ya fuera publicado en el BORME la convocatoria de Junta para su examen y aprobación, atendiendo a que a fecha 30 de abril de 2009 ya contaba con la información objeto de la obligación y después de que en los dos ejercicios anteriores incurriera también en demora en su cumplimiento.

**CUARTO:** Alega la parte recurrente que la resolución sancionadora fue adoptada y notificada habiendo transcurrido un plazo superior al total de los seis meses previsto por el art. 42.2 de la Ley 30/92, considerando que no es aplicable el plazo de un año que establece el artículo 2.1 del RD 2119/93, de 3 de diciembre, sobre el procedimiento

sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, al entender que el plazo de duración de los procedimientos debe ser fijado por una norma con rango de Ley, citando en apoyo de su tesis una sentencia del TSJ de Madrid de fecha 10 de octubre de 2009.

Ahora bien tal argumento no puede prosperar dado que la Ley 41/999 sobre sistemas de pagos y liquidación de valores establece en su Disposición Adicional 3ª que *"El plazo para resolver y notificar la resolución en el procedimiento sancionador aplicable a los sujetos que actúan en los mercados financieros, regulado por el Real Decreto 2119/1993, de 3 de diciembre, así como en los procedimientos sancionadores derivados de la comisión de las infracciones previstas en la Ley 19/1998, de 12 de julio, de Auditoría de Cuentas, será de un año, ampliable conforme a lo previsto en los artículos 42.6 y 49 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común."*

Si tenemos en cuenta que tal y como mantienen los actores la incoación del expediente sancionador fue acordada el 12 de noviembre de 2009 y el 13 de octubre de 2010 se notificó la resolución sancionadora, no ha transcurrido el plazo de un año, por lo que la alegación de caducidad debe desestimarse.

**QUINTO-** Y en cuanto al fondo, es preciso recordar que los preceptos por los que se sanciona a la actora tienen el siguiente contenido.

El art. 99 letra m de la LMV 24/1988 establece:

*"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."*

**SEXTO-** La parte actora entiende, 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.

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 esta Sala en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo, que en la sentencia de uno de Julio de dos mil cuatro, confirmando la dictada por esta Sala y Sección el día 4 de diciembre de 2000, señaló:

"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, aún 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 esta 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 lex certa 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 lex certa 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.

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 el 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 49 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.

**SÉPTIMO:** Y sobre la ausencia de culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración, esta Sala 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.

**OCTAVO:** Hace referencia la recurrente a la proporcionalidad de la sanción impuesta por la infracción grave cometida.

El principio de proporcionalidad opera en la graduación de las sanciones y no para delimitar la concurrencia de los elementos del tipo sancionador y en este caso la multa impuesta ha sido de 15.000 euros para la entidad y de 6000 € para cada uno de los miembros e su Consejo de Administración, que están comprendidas dentro de las sanciones previstas para la comisión de una infracción grave en el artículo 102 y 105 de la Ley del Mercado de Valores.

Efectivamente el art. 105 dispone que "Además de la sanción que corresponda imponer al infractor por la comisión de infracciones muy graves, cuando la infractora sea una persona jurídica podrá imponerse una o más de las siguientes sanciones a quienes, ejerciendo cargos de administración o dirección en la misma sean responsables de la infracción:

- a)** Multa por importe de hasta 300.500 euros.
- b)** Suspensión en el ejercicio del cargo de administración o dirección que ocupe el infractor en la entidad por plazo no superior a tres años.
- c)** Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en la misma entidad por un plazo no superior a cinco años.
- d)** Separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de administración o dirección en cualquier entidad de las previstas en el apartado 1 del artículo 84 o en una entidad de crédito por plazo no superior a diez años.

En todo caso, las sanciones impuestas de acuerdo con lo dispuesto en el párrafo primero serán publicadas en el "Boletín Oficial del Estado" una vez sean firmes en la vía administrativa.

A su vez el artículo 102 dispone que *por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:*

**a)** Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: el quíntuplo del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 5 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 600.000 euros.

Como se constata se ha impuesto una sanción dentro del tercio inferior límite mínimo por lo que se considera ajustada a derecho la multa impuesta.

**NOVENO:** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

**VISTOS** los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

## **FALLAMOS**

**DESESTIMAR** el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **RÚSTICAS S.A., DON J.M.S., HOTELES JERESA S.A., DON C.C.C., C. Y C. S.A., AZAHAR, S.A. y DON M.C.A.,** contra la Resolución de fecha 20 de diciembre de 2010 del Ministerio de Economía y Hacienda por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la Orden Ministerial de 11 de octubre de 2010 que se declara conforme a derecho en los extremos examinados. Sin efectuar condena al pago de las 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.