

## **SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 18 DE NOVIEMBRE DE 2009**

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

**Recurso nº:** 187/09  
**Ponente:** Doña María Asunción Salvo Tambo  
**Acto impugnado:** Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 17 de febrero de 2009 que confirma en alzada Resolución del Consejo de la CNMV de 26 de noviembre de 2008  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a dieciocho de noviembre de dos mil nueve.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo num. 187/09 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido la Procuradora Doña M.D.H., en nombre y representación de "I., S.A." y otros, contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2009, sobre Sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores; y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**1.-** La parte actora interpuso, en fecha 23 de abril de 2009, este recurso respecto del primero de los actos administrativos antes aludidos; admitido a trámite y reclamado el expediente se le dio traslado para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo; y en ella realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el suplico de la misma, en el que literalmente dijo:

*"Tenga por presentado este escrito con sus copias; por formalizada la demanda en el presente recurso y, en su día, se dicte sentencia por la que se anule la resolución del Excmo. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 17 de febrero de 2009 objeto del presente recurso."*

**2.-** De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó:

*"Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho."*

**3.-** No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba, quedaron los autos pendientes de señalamiento; y, finalmente, mediante providencia de 17 de julio de 2009 se señaló para votación y fallo el día 17 de noviembre de 2009, en que efectivamente se deliberó y votó.

**4.-** En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente la Ilma. Sra. D<sup>a</sup> María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**1.-** Se impugna en el presente recurso contencioso administrativo la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 17 de febrero de 2009, por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto por la entidad "I., S.A." y otros, ahora recurrentes, contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 26 de noviembre de 2008.

En la resolución del Consejo de la CNMV se acordó, por la comisión de una infracción tipificada como grave en la letra b) bis del artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por carecer de un Comité de Auditoría en los términos establecidos en la Disposición Adicional 18ª de dicho texto legal, la imposición de una multa por importe de 9.000 euros a "I., S.A." y de una multa por importe de 3.000 euros a cada uno de sus Consejeros.

**2.-** La parte actora reitera en su demanda la petición de que se declare la inexistencia de infracción, basándose en afirmar que la Disposición Adicional 18ª de la LMV –que impone la obligación de las entidades emisoras cotizadas de contar con un Comité de Auditoría- no establece sin embargo que éste deba estar formado por un número mínimo de miembros (3), sino únicamente la exigencia de que la mayoría de ellos sean Consejeros no ejecutivos. En consecuencia, se continúa, la resolución recurrida vulnera el principio de legalidad y tipicidad al sancionar la existencia de un Comité de Auditoría en la sociedad recurrente de sólo dos miembros, ambos Consejeros no ejecutivos, complementando para ello el tipo de la infracción, acudiendo a una directriz o informe del Comité Ejecutivo de la CNMV, que no son norma con rango de Ley.

El Abogado del Estado entiende que la conducta llevada a cabo por los recurrentes se encuentra tipificada en el artículo 100 b) bis de la LMV, no pudiendo apreciarse la vulneración del principio de legalidad.

**3.-** El artículo 100 b) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tipifica como infracción grave "carecer las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales un Comité de Auditoría, en los términos establecidos en la Disposición Adicional 18ª de esta Ley."

Por su parte, la Disposición 18ª de la LMV, que regula el Comité de Auditoría establece:

*1.- Las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores deberán tener un Comité de Auditoría.*

*2.- Los miembros del Comité de Auditoría serán al menos en su mayoría Consejeros no Ejecutivos del Consejo de Administración o, en el caso de órgano equivalente al anterior, miembros del mismo que no posea funciones directivas o ejecutivas en la Entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se les nombre. Serán nombrados, en todo caso, por el Consejo de Administración u órgano equivalente, de acuerdo con la naturaleza jurídica de la entidad.*

3.- El Presidente del Comité de Auditoría será designado de entre los Consejeros no Ejecutivos o miembros que no posean funciones directivas o ejecutivas en la entidad, ni mantengan relación contractual distinta de la condición por la que se le nombre.

El Presidente deberá ser sustituido cada cuatro años, pudiendo ser reelegido una vez transcurrido un plazo de un año desde su cese.

4.- El número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento de dicho Comité se fijará estatutariamente o, en su caso, por las normas que rijan la entidad, y deberá favorecer la independencia de su funcionamiento. Entre sus competencias estarán, como mínimo, las siguientes:

5.- En las Cajas de Ahorros que emitan valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de valores, las funciones del Comité de Auditoría podrán ser asumidas por las sesiones de control."

La Disposición que acabamos de transcribir y a la que expresamente se remite la norma sancionadora contenida en el artículo 100 de la LMV establece las características y condiciones que debe tener el denominado Comité de Auditoría, a destacar:

- La mayoría de sus miembros deben ser Consejeros no Ejecutivos del Consejo de Administración.
- Deben ser nombrados por el Consejo de Administración.
- El Presidente del Comité debe ser Consejero no ejecutivo de la Entidad.
- El mandato del Presidente será por tiempo máximo de cuatro años.
- El número de miembros, las competencias y las normas de funcionamiento del Comité se regularán estatutariamente.

Pues bien, resulta no controvertido que:

- a) La actora contaba con un Comité de Auditoría nombrado por el Consejo de Administración el 30 de mayo de 2005.
- b) Tal Comité de Auditoría se encontraba compuesto por Don L.J.F y por Don J.L.D., ambos miembros del Consejo de Administración y ambos Consejeros no Ejecutivos.

Y es que únicamente acerca de la composición del Comité en cuestión es sobre lo que ha versado la presente controversia.

Si bien es cierto que de la literalidad del precepto transcrito resulta una cierta inconcreción respecto al número de miembros con los que debe contar el Comité de Auditoría, lo cierto es que, tanto su naturaleza de órgano colegiado ("*tria fiunt collegia*") como directamente la propia exigencia legal de que sean al menos en su mayoría Consejeros no Ejecutivos del Consejo de Administración los miembros del Comité de Auditoría descarta la posibilidad de que dicho Comité de Auditoría pueda ser válidamente constituido con una persona o dos personas, siendo, pues, exigible la existencia de al menos tres para que puedan adoptar sus decisiones por mayoría.

Por lo tanto, no puede aceptarse la tesis de la demandante de quedar al libre albedrío de cada una de las entidades tanto la circunstancia del número de miembros del Comité como de sus normas de funcionamiento.

La Sala entiende que existe previsión infractora, cual es la de establecer un número mínimo de miembros del Comité que, como decimos, la normativa legal no deja al libre criterio de los estatutos sociales de cada entidad y, por tanto, no supone vulneración de los principios constitucionales invocados en la demanda: ni del principio de legalidad administrativa del artículo 25.1 CE, pues resulta clara la cobertura legal quedando suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica, ni del principio de seguridad jurídica, máxime cuando la actora recibió dos requerimientos de la CNM trasladándole por escrito, y por dos veces, el criterio de que el número mínimo de miembros del Comité de Auditoría ha de ser de tres que, por lo demás fueron desatendidos, lo que dio lugar al inicio del expediente sancionador.

**4.-** De todo lo anterior deriva la procedencia de desestimar el presente recurso con la paralela confirmación de la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

## **FALLAMOS**

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de la entidad "I., S.A." y otros contra Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda, de fecha 17 de febrero de 2009, a que las presentes actuaciones se contraen, y confirmar dicha resolución impugnada, por su conformidad a Derecho. Sin expresa imposición de costas.

Sin expresa imposición de costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.