

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE JUNIO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 401/2011
Ponente: Dª. María Asunción Salvo Tambo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a tres de junio de dos mil catorce.

Vistos los autos del recurso contencioso-administrativo núm. 401/11 que ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. J.A.A., en nombre y representación de **D. R.E.N.**, contra Resolución de fecha 25 de mayo de 2011 del Ministerio de Economía y Hacienda, sobre por la que se acuerda imponer una sanción en materia de **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 28 de julio de 2011, este recurso; 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:

"A LA SALA SUPLICO: Que, habiendo por presentado este escrito junto con los documentos y copias que lo acompañan, se sirva admitirlos y tener por deducida demanda contencioso-administrativa en el presente recurso, por devuelto el expediente administrativo y conferir traslado a la Administración personada para que evacúe la contestación a esta demanda y, siguiendo los demás trámites oportunos, dictar en su día Sentencia que, conforme lo expuesto en el cuerpo que antecede, declare la nulidad de la Orden recurrida e imponga las costas del presente procedimiento a la Administración demandada."

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: *"dicte Sentencia desestimando el recurso, y confirmando la resolución impugnada por ser conforme a derecho."*
3. Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto, de fecha 28 de junio de 2012 acordando el recibimiento a prueba; mediante Diligencia de Ordenación de fecha 14 de enero de 2013 se precluye el plazo para recibir el pleito a prueba, y finalmente, mediante Providencia de fecha 13 de mayo de 2014 se señaló para votación y fallo el día 27 de mayo de 2014, 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^a María Asunción Salvo Tambo, Presidente de la Sección.**

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Es objeto de impugnación la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a la entidad LA SEDA DE BARCELONA, S.A. y a los miembros de su Consejo de Administración, por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores.

En concreto, el actor recurre la Orden en relación con la **multa de 25.000 €** que le fue impuesta por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99, letra m) de la Ley del Mercado de Valores en relación con el artículo 35.1 de la propia Ley, por la **remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores** (en adelante CNMV) **del Informe Financiero Anual de 2008 con retraso** de 67 días, que es el que transcurre entre el día 30 de abril de 2009, fecha límite según la legislación vigente para remitir a la CNMV el informe financiero anual y el día 7 de julio de 2009, fecha ésta en que la Entidad efectivamente remitió el mismo.

2. Único motivo de recurso es, según se expone en la demanda, la alegada infracción del principio de tipicidad, pues entiende el actor que en cuanto el hecho sancionado no reúne el elemento subjetivo necesario para su tipificación como una infracción muy grave con arreglo al artículo 99.m) LMV, el recurso debe ser estimado. También se alude a la falta de responsabilidad del Sr. Español, tal y como se hiciera en los diferentes escritos alegatorios que obran en el expediente administrativo.

A lo que se opone el Abogado del Estado, subrayando la importancia del Informe Financiero Anual de las sociedades cotizadas y a las exigencias legales claras y determinantes que no fueron cumplidas por la demandante. Siendo dicha conducta omisiva tipificada como infracción muy grave en el precepto aplicado en la Orden impugnada, siendo, por último, la responsabilidad del actor consecuencia de su falta de diligencia para cumplir la obligación de remitir el IFA dentro del plazo, tal y como se recoge en el fundamento jurídico octavo de la Orden sancionadora cuya confirmación solicita.

3. La Sala ha tenido ya ocasión de examinar las cuestiones que se plantean en la demanda con ocasión del examen de otros recursos interpuestos tanto por otros miembros del Consejo de Administración de La Seda como por la propia Sociedad. Así en los recursos nº 400/2011 y 402/2011, interpuestos, respectivamente, por uno de los miembros del Consejo de Administración y por LA SEDA DE BARCELONA, S.A., el segundo de ellos.

Pues bien, en ambos hemos compartido los planteamientos y razonamientos que se contienen en la Orden sancionadora impugnada y que también han de llevarnos a desestimar el recurso ahora interpuesto por el Presidente del propio Consejo de Administración y único Consejero Delegado de la citada sociedad.

Así en lo que se refiere a la calificación de la sanción hemos dicho en la primera de dichas sentencias:

"La .. cuestión planteada por la recurrente se refiere a la calificación de la sanción, pues estima que, en caso de considerar procedente la sanción, ésta no merecería el reproche de muy grave, sino el de grave prevista en el artículo 100j) de la LMV.

No podemos compartir las tesis de la recurrente, pues, en el presente caso, concurren los presupuestos necesarios para la calificación de la conducta descrita y acreditada como de infracción muy grave, prevista en el artículo 99 m) de la LMV, por las razones que se exponen a continuación:.

1º. El retraso de la recurrente en cumplir con las obligaciones que le impone el artículo 35 de la LMV, es la consecuencia de su negligencia grave en la observancia de sus obligaciones, pues frente a las circunstancias en las que basa su descarga de responsabilidad, ocultación de información por parte del Presidente de la entidad y el trabajo deficitario realizado por el auditor externo, destaca el hecho de que la preocupación y actividad de la sociedad, es decir de los restantes Consejeros para dar cumplimiento a esta obligación capital, comienza el último día de plazo para presentar dicho informe, sin que en las reuniones previas a dicha fecha, 31 de marzo de 2009, conste en la actas del Consejo la más mínima referencia al estado de los trabajos en orden a garantizar dicho cumplimiento. La sociedad no debe empezar a preocuparse por el estado de elaboración de la referida documentación una vez vencido el plazo de cumplimiento de la obligación, sino al contrario, debe poner todos los medios para que en la fecha prevista la documentación esté preparada lo que exige un deber de diligencia, cuidado y previsión que incluye la eventualidad de que surjan problemas que requieran una intervención más precisa y enérgica por parte del Consejo, siempre antes de la fecha indicada y no después, como en el presente caso.

2º. 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. La importancia de remitir la información en el plazo y las consecuencias que pueden derivarse de este incumplimiento, las pone de manifiesto la resolución recurrida en su FJ 6, cuando recuerda que, como consecuencia entre otros factores de dicho incumplimiento, que afecta a uno de los pilares del sistema como es el derecho de información del mercado y la protección de los inversores, la CNMV debió proceder, el 5 de junio de 2009, a la suspensión cautelar de la negociación en el SIBE de las acciones y otros valores de la recurrente, situación que se mantuvo hasta el 5 de julio de 2010.

La recurrente no puede escudarse en el argumento de que la remisión en plazo de la información no era relevante y que el aspecto que debe primar, es la remisión de información veraz y contrastada aunque se envíe de forma tardía, pues ya se ha expuesto la razón por la que la información debe remitirse en plazo, sin perjuicio de dejar constancia de que si, por respetar el plazo, la sociedad remite información que no es veraz, la responsabilidad en la que podría incurrir, así como la de sus Consejeros, sería aún mayor.

3º. *La invocación del principio de proporcionalidad, no tiene entidad para desvirtuar la calificación de la conducta como infracción muy grave, ya que la misma deriva de la acreditación de los elementos del tipo en la forma que ha quedado determinada. Sus consecuencias y eventual aplicación se analizarán en el FJ siguiente."*

4. Igualmente hemos entendido en la otra de las sentencias citadas (recurso 400/2011) respecto de la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración de La Seda:

"El artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores califica como infracción muy grave del mercado de valores "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".

Dos son los requisitos que se exigen para la imputación de la infracción muy grave: 1) la falta de remisión de la información en los términos exigidos en el artículo 35 que exige que se remita en el plazo máximo de 4 meses desde la finalización de cada ejercicio, en este caso 30 de abril de 2008. 2) que exista ocultación o negligencia grave.

Descartado por la CNMV que exista interés de ocultación, la cuestión a determinar es si se aprecia grave negligencia atendiendo a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. La resolución de la CNMV razona que existe negligencia grave al concurrir ambos requisitos 1) en cuanto a la relevancia de la información que el informe financiero anual conforme al artículo 35 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores comprende las cuentas anuales y el informe de gestión revisado por el auditor y las declaraciones de responsabilidad sobre su contenido que deberán ser firmadas por los administradores, siendo el informe anual la información contable y financiera más importante de las sociedades cotizadas a los efectos de reportar públicamente al mercado y a los inversores la situación y evolución de su situación financiero-patrimonial, de sus resultados, de su actividad, y de la marcha general de la misma y 2) en cuanto a la demora en que se incurrió señala que el informe financiero se remitió y difundió 67 días desde la fecha de vencimiento del plazo máximo y después de mediar adicionalmente varios requerimientos de la CNMV solicitando su remisión inmediata que resultaron desatendidos. La CNMV en ausencia de dicha información y para proteger el derecho de información del mercado y la protección de los inversores, junto con otros factores acordó con fecha de 5 de junio de 2009 la

suspensión cautelar de la negociación en el SIBE de las acciones y otros valores de la seda, suspensión cautelar que se mantuvo incluso con posterioridad a la remisión de la información, no acordándose su levantamiento hasta el 5 de julio de 2010.

Considera la CNMV que ninguno de los administradores de la Seda ha aportado prueba alguna de haber actuado en su momento con la diligencia exigible a fin de evitar la realización de la infracción o que concurra fuerza mayor o caso fortuito, recogiendo la resolución recurrida cual fue la actuación del Consejo de Administración teniendo en cuenta que el plazo para formular las cuentas anuales finalizaba el 31 de marzo de 2009 y el plazo para remitir a la CNMV el informe financiero anual (IFA) el 30 de abril de 2009.

1. El Consejo de Administración de la Seda se reunió durante el ejercicio 2009 por primera vez el 30 de enero de 2009. En el acta levantada de dicha reunión no figura que se hubiera producido ningún tipo de deliberación, ni pregunta de consejero alguno sobre la situación de los trabajos de elaboración de la documentación contable del ejercicio 2008. Se aprueba por unanimidad *"convocar las próximas reuniones del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, preferentemente los días correspondientes al primer miércoles siguiente al día 20 de cada mes"* (folios 1765 a 1773 tomo V/IX).
2. No obstante lo acordado, la siguiente reunión del Consejo tuvo lugar dos meses después esto es el 31 de marzo de 2009 (fecha límite establecida por la LSA para que los administradores de las mercantiles anónimas formulen las cuentas anuales del ejercicio anterior. En dicha reunión no consta comentario ni referencia alguna al probable incumplimiento de la remisión del informe financiero anual a la CNMV antes de la fecha límite 30 de abril de 2004 (folio 1774 a 1785) teniendo en cuenta que no se pudieron aprobar en dicho Consejo las cuentas anuales cuyo plazo finalizaba ese mismo día, al hacer referencia el Presidente que existía una carta de D^a. H.G.C. de 19 de marzo de 2009 en la que comunica su cese como miembro del Consejo de Administración y Presidente del Comité de auditoría.
3. En el mes de abril de 2009 no se celebra ninguna reunión del Consejo.
4. En la reunión celebrada el 6 de mayo de 2009 consta en el acta que el punto cuarto relativo al informe financiero anual del ejercicio 2008, se deja sin efecto, por las circunstancias indicadas en las reuniones precedentes, para cuando esté terminado el informe de auditoría y hasta que los auditores emitan su informe de auditoría (folios 1786 a 1802).
5. En el acta de la reunión celebrada el 13 de mayo de 2009, ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1801 a 1805).
6. En el acta de la reunión celebrada el 20 de mayo de 2009 ninguna referencia al tema de las cuentas anuales (folio 1806 a 1822).

7. En el acta de la reunión celebrada el 27 de mayo de 2009 se acuerda por mayoría formular las cuentas anuales del ejercicio 2008 (folios 1824 a 1849)
 8. En fechas 4 y 12 de mayo y 3 de junio de 2009 la CNMV requirió a la Seda de Barcelona, la remisión inmediata del informe financiero anual correspondiente al ejercicio 2008.
 9. En fecha 7 de julio de 2009 tiene entrada en la CNMV el informe financiero anual 2008 con las características que se señalan en el folio 3610.
5. Y, por último, igualmente hemos desestimado los argumentos similares a los expuestos en la actual demanda respecto de la responsabilidad ligada a la falta de diligencia en este caso del recurrente en el cumplimiento de sus deberes como Presidente del Consejo de Administración, a tenor de lo dispuesto en el artículo 105 de la LMV y su remisión al artículo 15 de la Ley de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (al que se remite el artículo 98 de la LMV).

Hemos, pues, de remitirnos a lo ya declarado en cuanto constatamos que no se adoptó ningún tipo de medida, ni siquiera ejercitaron los medios que la Ley les otorga a los Administradores a fin de conocer con exactitud las razones por las que no se había cumplido con la remisión del informe en cuestión y, por tanto, se había dejado de cumplir la previsión legal.

Ciertamente sorprende y da fe de la falta de una mínima diligencia que, a pesar de la delicada situación de la Sociedad, el Consejo de Administración que se había reunido en marzo de 2009 no se vuelva a reunir hasta el 6 de mayo siguiente, informándose en el Acta levantada de la reunión que los trabajos de auditoría externa no habían terminado, razón por la que el Presidente anuló el punto del orden del día relativo a los Informes financieros semestral y anual de 2008, sin que conste actuación alguna de los consejeros en dicho acta referente al tema en cuestión, que tampoco aparece tratado en la reunión del 13 de mayo siguiente (nueva reunión del Consejo de Administración) y sin que en el acta levantada se haga mención alguna a la situación en que se encuentra la formulación de las cuentas hasta que en el Consejo celebrado el 27 de mayo se produce una crisis institucional con un fuerte enfrentamiento entre los consejeros y consecuencia del cual es la fractura del Consejo en dos grupos, por lo que las cuentas del ejercicio 2008 formuladas fueron aprobadas gracias al voto de calidad del Presidente del Consejo de Administración, ahora recurrente.

Precisamente por tener la condición de Presidente y único administrador ejecutivo de la Sociedad y en condición de tal haber sido receptor de los reiterados requerimientos de la CNMV en relación con la remisión del informe financiero de actual referencia, circunstancia ésta que el resto de administradores, dominicales todos ellos, no conocieron hasta el 21 de mayo de 2009, es por lo que queda fuera de toda duda la existencia de una responsabilidad agravada respecto del resto de consejeros dominicales expedientados.

Y al haber sido entendido así en la Orden impugnada es por lo que también deberá ser objeto de confirmación en cuanto a este último extremo se refiere.

6. De lo anterior deriva la procedencia de desestimar el recurso con la paralela confirmación de la resolución administrativa 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.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **D. R.E.N.**, contra la resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 25 de mayo de 2011, a que las presentes actuaciones se contraen y, en consecuencia, confirmar la resolución impugnada por su conformidad a Derecho.

Sin expresa imposición de 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.