

**SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE**  
**2006**

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

Recurso nº: 130/04  
Ponente: D. Santiago Soldevila Fragoso  
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de enero de 2004  
Fallo: Estimatorio

Madrid, a 2 de noviembre de 2006.

VISTO, en nombre de Su Majestad el Rey, por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de la Audiencia Nacional, el recurso nº 130/2004, seguido a instancia de "A.V., SA", representada por el Procurador de los Tribunales Don I.A.F., con asistencia letrada, contra la Administración del Estado, sobre resolución del Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre la impugnación de la sanción impuesta a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la cuantía se fijó en 150.000 euros, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Fragoso. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Para el correcto enjuiciamiento de la cuestión planteada en necesario el conocimiento de los siguientes hechos:

1) Por el Excmo. Sr. Ministro de Economía y Hacienda se dictó Orden de fecha 22 de enero de 2004, en virtud de la cual se imponía a la recurrente las sanciones de multa de 150.000 euros y amonestación pública, como autores de una falta muy grave prevista en el artículo 99 ñ) de la Ley 24/1988 de 28 de julio (LMV), consistente en la remisión a la CNMV de información pública periódica de carácter financiero durante el ejercicio 2002 con datos inexactos, no veraces, y con omisión de aspectos relevantes.

2) En la referida resolución se declara probado que:

a) El 11 de diciembre de 2002, la recurrente remitió un escrito a la CNMV, calificado como hecho relevante, por el que ponía en su conocimiento que la información económica remitida en 2002 relativa al estado y situación financiera de la entidad, introdujo criterios contables distintos a los usados hasta el momento, de lo que no se había dejado constancia y haciendo mención expresa a que se habían aplicado los mismos criterios contables.

b) Como consecuencia de la conducta descrita en el párrafo anterior, los resultados ordinarios antes de impuestos a 31 de octubre de 2002 deberían verse disminuidos en un 21,8% si se aplicaran los anteriores conceptos contables.

c) El responsable de esta anomalía, el Director General Don F.P.E., fue suspendido el 29 de noviembre de 2002 y comunicado este hecho a la CNMV.

d) Tras contestar a un requerimiento de la CNMV que precisaba más información sobre los hechos expuestos, el 23 de diciembre de 2002 la recurrente comunicó a la CNMV que no tuvo conocimiento de estas prácticas cuando fueron realizadas, y sí a partir del 10 de diciembre de 2002.

e) El 10 de enero de 2003 la recurrente remitió a la CNMV un documento difundido como hecho relevante, en el que se acompañaba la reformulación de los modelos de información pública periódica relativos al primer trimestre, primer semestre y tercer trimestre de 2002 relativa al grupo A.V., observando los mismos principios y criterios contables seguidos anteriormente por la sociedad y un anexo en el que se explican las diferencias entre la primera documentación remitida y esta segunda y definitiva.

f) Finalmente la recurrente respondió a requerimientos de la CNMV en los que se pedía ampliación de la información solicitada.

**SEGUNDO.-** Por la representación del actor se interpuso recurso Contencioso-Administrativo frente a la anterior resolución, formalizando demanda con la súplica de que se dictara sentencia declarando la nulidad del acto recurrido por no ser conforme a derecho.

La fundamentación jurídica de la demanda se basó en las siguientes consideraciones:

1) La conducta objeto de sanción no es imputable a la recurrente, ni a título de simple inobservancia: la imputación a la recurrente se hizo de forma automática, por la mera realización por sus directivos de los hechos imputados lo que supone consagrar una suerte de responsabilidad objetiva. En el presente caso no podía imputarse al Consejo de administración un comportamiento distinto del observado, que consistió en detectar la irregularidad y comunicarla de inmediato a la CNMV, destituyendo al responsable. Destaca que no se sancionó a ningún Consejero y sí a la sociedad, que al tener sospechas de la actuación irregular de los responsables, que nunca informaron a la sociedad de estos hechos y que fueron sus autores directos, procedió a encargar una auditoria externa que detectó la irregularidad dando cuenta inmediata a la CNMV de los resultados, descartando la existencia de culpa in vigilando. Destaca que la sociedad no ha obtenido beneficio alguno con esta actuación, y que la información remitida no incluía referencia a los criterios contables empleados, que estos afectaban a varias partidas por lo que las variaciones eran aparentemente poco significativas y de difícil detección.

2) Atipicidad de la conducta: La conducta sancionada por el art. 99 ñ de la LMV es la omisión del deber de enviar la información o el engaño en la remisión de datos. Ninguna de estas circunstancias concurre en este caso, sin que esté tipificada la remisión de información incorrecta por error o negligencia, tal y como se desprende del examen conjunto de la norma citada y artículo 35 LMV y la OM de 18 de enero de 1991 que en su apartado cuatro y duodécimo faculta a la sociedad para enviar a la CNMV las rectificaciones que estime precisas con motivo de la formulación de las cuentas o auditoría externa por lo que debe extenderse el mismo principio a un caso como el analizado. Subraya que la citada OM es desarrollo del art. 35 LMV, y que el verdadero alcance del art. 99 ñ de la LMV es el suministro de información inexacta a sabiendas. Por otra parte, niega que la actuación de la recurrente haya causado un perjuicio grave al mercado, exigencia impuesta por la Ley 44/2002 y que debe concurrir para la comisión de cualquiera de las tres modalidades recogidas en el art. 99 ñ LMV. Invoca en este sentido la SAN de 4 de diciembre de 2000, y destaca que el bien jurídico protegido por el art. 99 ñ es el suministro de información, que se reputa relevante en todo caso.

Finalmente, discute la interpretación que del tipo hace la CNMV, y concluye que el único sentido que tiene la modificación introducida por la Ley 44/2002 al reformar el tipo aplicado es la de sancionar como falta muy grave los supuestos en los que la información incorrecta haya causado un daño real al mercado, sin que ello sea posible por la causación de un mero riesgo. Afirma que en este caso no se ha causado perjuicio al mercado, y concluye que a lo sumo sería aplicable el art. 101 LMV, y entender que los hechos constituyen falta leve.

3) Infracción del principio de principio de proporcionalidad: estima que no se ha motivado debidamente los criterios de graduación, ni se han tomado en cuenta las circunstancias del caso y en particular estima improcedente la imposición de la sanción de amonestación pública.

**TERCERO.-** La Administración demandada contestó a la demanda oponiéndose a ella con la súplica de que se dicte sentencia desestimando el recurso y declarando ajustada a derecho la resolución recurrida a cuya fundamentación se remitió.

**CUARTO.-** Ninguna de las partes solicitó el recibimiento del procedimiento a prueba, acordándose en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

**QUINTO.-** Señalado el día 24 de octubre de 2006 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

**SEXTO.-** Aparecen observadas las formalidades de tramitación que son las del procedimiento ordinario.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO.-** La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a la determinación de la corrección legal de las sanciones impuestas a la entidad recurrente como consecuencia de las actuaciones descritas en el Antecedente Primero de esta resolución.

Las alegaciones sobre las que se vertebra la defensa se construyen entorno a una idea esencial: la violación por la O.M. impugnada de los principios básicos que rigen el procedimiento administrativo sancionador, al que son aplicables, desde la STC 18/1981, las garantías del proceso penal, con las matizaciones inherentes a este tipo de procedimiento. En consecuencia analizaremos por separado las distintas garantías invocadas:

Resulta preciso dejar constancia de que mediante Sentencia de este Tribunal de 14 de septiembre de 2006, recaída en el recurso nº 75/2004, se desestimó el recurso interpuesto por Don F.P.E., antiguo Director General de la entidad recurrente, interpuesto contra la misma resolución que motiva estas actuaciones, al considerarlo autor material de los hechos declarados probados.

**SEGUNDO.-** Un examen lógico de los motivos de recurso alegados, como la propia recurrente reconoce, supone abordar en primer lugar la cuestión relativa a la tipicidad de la conducta. Para ello resulta imprescindible partir de la redacción vigente y por lo tanto aplicable del precepto que describe la conducta objeto de represión y éste es el artículo 99 ñ) tras la redacción dada al mismo por la Disposición Adicional Novena Cuatro de la Ley 3/1994, que textualmente sanciona: “El incumplimiento, por parte de los emisores de valores, de la obligación establecida en el artículo 82, el incumplimiento de los requerimientos de la Comisión Nacional del Mercado de Valores formulados en virtud del artículo 89, así como el suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o que omita maliciosamente aspectos o datos relevantes”, precepto que debe completarse con el art. 35 de la LMV que regula la remisión de información periódica. Sólo en el supuesto de que se estimara más favorable para el infractor la reforma de este precepto operada por la Ley 44/2002 (art. 38.9) que introdujo la necesidad de causación de perjuicio grave para el mercado, deberíamos plantearnos su aplicación retroactiva, pero antes de analizar esta circunstancia debemos precisar si el tipo sancionador se refiere sólo a conductas dolosas o también permite su comisión por simple negligencia. A este respecto, resulta muy esclarecedor el examen de la OM de 18 de enero de 1991 que desarrolla el artículo 35 de la LMV y en concreto sus apartados Cuatro y Duodécimo, en la medida en que permiten a las sociedades obligadas a remitir la información pública y periódica, trimestral y semestral, a la CNMV, rectificar los datos enviados si se apreciaran divergencias entre éstos y los que resultaren de la formulación de las cuentas anuales e informes de auditoría siempre que se haga dentro de los diez días siguientes al de formulación de la referidas cuentas anuales. De esta forma, sólo transcurrido ese período sin que haya producido la correspondiente aclaración, podría, en su caso, entenderse cometida alguna de las infracciones relacionadas con esta omisión (art. 99 ñ y 100 j de la LMV).

En estas circunstancias y debe destacarse que únicamente la diligencia de la recurrente ha posibilitado que no fuera necesario llegar hasta la formulación de las cuentas para rectificar una situación irregular, pues el carácter inexacto de la información remitida fue denunciado por la propia Sociedad que de forma inmediata, al día siguiente de tener conocimiento de la dimensión real de los hechos, procedió a ponerlos en conocimiento de la CNMV, y además contestó con prontitud a todos los requerimientos que se le formularon para aclarar la situación. Por otra parte también debe subrayarse que el TS en la sentencia de 1 de julio de 2004 RJ 2004/4329, vino a ratificar la apreciación de esta Sala en el sentido de la norma aplicada (art. 99 ñ LMV) integra una conducta básica a la que añaden determinados supuestos y precisiones y esta conducta básica consiste en la omisión consciente de la obligación de remisión de información financiera exigida por las leyes, conducta que necesariamente debe entenderse dolosa o al menos imputable por culpa consciente, por las razones que se exponen a continuación.

La lógica impuesta por el sistema implica que el artículo 99 ñ de la LMV no sanciona el simple error, ni tampoco a quien resulta ser víctima de un engaño por persona absolutamente identificada y a quien puede exigirse, como se ha hecho, plena responsabilidad por la comisión de una conducta que sólo a la misma incumbe, y ello es así porque admite de forma expresa la posibilidad de rectificar la información remitida una vez se ha podido cotejar los datos suministrados por las sociedad con una auditoría

externa. Es en este momento cuando la Sociedad y su Consejo de Administración cuentan con una formación completa sobre la entidad de los datos facilitados y sería inexcusable que, existiendo esta divergencia no lo comunicaran, supuesto que engloba tanto la conducta dolosa como la culpa consciente o grave imprudencia por dejación de funciones.

Debe subrayarse que la recurrente actuó con la máxima diligencia y que sería absurdo que si hubiera esperado a la formulación de las cuentas para poner de manifiesto la divergencia contable, de acuerdo con la normativa expuesta, se hubiera eximido de una responsabilidad, que se le exige por haberse adelantado a este momento, conducta anticipativa que resulta indudablemente beneficiosa para el mercado y que no sería comprensible coartar. Finalmente debe también subrayarse que la forma en la que actuó el Director General, introduciendo leves variaciones en todas las partidas hacía más difícil la identificación por parte del Consejo de las irregularidades cometidas por lo que tampoco puede serle reprochado que durante unos meses validara la conducta irregular de su Director General, pues antes de que actuara la CNMV, y de forma diligente e inmediata procedió a restaurar la situación.

En estas circunstancias debe estimarse íntegramente el recurso sin que sea necesario entrar en el examen de las restantes cuestiones planteadas.

**TERCERO.-** No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el art. 131 de la LJCA.

Vistos los preceptos citados por las partes y demás de pertinente y general aplicación, venimos a pronunciar el siguiente

## **FALLO**

Estimamos el recurso y en consecuencia anulamos el acto impugnado. Sin costas. Así por ésta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

De conformidad con lo dispuesto en el art. 248 de la LOPJ, al tiempo de notificar esta sentencia se indicará a las partes que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.