

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE FEBRERO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 402/2011
Ponente: D. Santiago Pablo Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinticinco de febrero de dos mil catorce.

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 402/11, seguido a instancia de *"La Seda de Barcelona SA"*, representada por el Procurador de los Tribunales D^a. C.D.-C., con asistencia letrada, y como Administración demandada la General del Estado, actuando en su representación y defensa la Abogacía del Estado. El recurso versó sobre impugnación de la cuantía se fijó en menos de 600.000 €, e intervino como ponente el Magistrado Don Santiago Soldevila Frago. La presente Sentencia se dicta con base en los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

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

- 1) La recurrente es una sociedad emisora domiciliada en Barcelona, cuyas acciones cotizan en la Bolsa de Madrid y Barcelona, habiéndose incorporado al SIBE 20 de noviembre de 1989. Su capital social es de 626.873.401 euros.
- 2) El 4 de mayo de 2009, la recurrente no había emitido aún, el Informe financiero anual correspondiente al ejercicio de 2008, por lo que fue requerida a tal efecto por la CNMV.
- 3) El 12 de mayo siguiente la CNMV emitió un segundo requerimiento, subrayando la entidad, el 27 de mayo de 2009, que en sesión de la misma fecha, el Consejo de Administración de La Seda, convocaba Junta general ordinaria de accionistas, a celebrar el 29 de junio siguiente.
- 4) El 3 de junio de 2009, la CNMV remitió a la recurrente un tercer requerimiento, a los efectos indicados.
- 5) El 7 de julio de 2009, la CNMV recibió el informe financiero anual del ejercicio de 2008, en el que se observa que su aprobación no lo fue por unanimidad, y que el auditor puso de manifiesto una limitación al alcance por falta de acceso a documentación en relación con el período de 7 de abril al 26 de junio de 2009, y una incertidumbre sobre la capacidad del grupo para liquidar los pasivos. Por otra parte existen discrepancias entre las cifras presentadas en la información financiera periódica del segundo semestre de 2008, las cuentas anuales formuladas y no auditadas publicadas el 5 de junio de 2009 y el informe financiero anual.
- 6) Mediante Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, se acordó, entre otros pronunciamientos, imponer a la mercantil *"La Seda de Barcelona SA"*, como autora de una infracción muy grave del artículo 99 m) de la Ley 24/1998 de 28 de julio, del Mercado de Valores, en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal, una multa de 30.000 euros, por haber remitido a la CNMV con un retraso

de 67 días respecto del plazo establecido en el artículo 35.1 mencionado, el informe financiero anual correspondiente al ejercicio de 2008.

SEGUNDO.- Por la representación de la actora se interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución precedente, 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 infracción es imputable, exclusivamente, al Presidente del Consejo de Administración de la recurrente:
 - El Presidente del C de Ad, ocultó en su propio interés y en perjuicio del interés social, ciertas operaciones de gran relevancia para las cuentas anuales, lo que impidió su formulación en el plazo establecido. En concreto se indican las siguientes: a) ocultación de ciertas transacciones (operación de venta en Túnez, en Rusia y operación Jatroil), que ocasionaron grandes pérdidas y obligaron a reformular las cuentas, b) ocultación de la situación de inoperancia del Comité de Auditoría, órgano de apoyo al Consejo de Administración, con participación activa en la elaboración de las cuentas anuales, c) ocultación de los escritos remitidos por la CNMV, el 4 de mayo, 12 de mayo y 3 de junio de 2009, y de las conversaciones con dicho organismo.
 - La recurrente reaccionó de forma inmediata y encargó un informe externo, para conocer la situación exacta de la entidad, lo que demoró la entrega de unas cuentas que fueran reflejo de la real situación de la entidad.
 - El Presidente del Consejo de Administración, goza de amplios poderes en la entidad, como el de convocar las reuniones del Consejo y fijar el orden del día, así como dirigir los debates del mismo y centralizar y distribuir toda la información, lo que excluye la responsabilidad de la sociedad. Es además, el representante legal de la sociedad.
2. La sociedad tiene limitada su responsabilidad por las acciones de sus administradores:
 - Invoca el artículo 31 bis del Código Penal, que disocia el interés de la entidad y de los administradores y el artículo 130.1 de la Ley 30/1992 para concluir que la persona jurídica sólo podrá ser sancionada cuando la infracción se cometa por su cuenta y provecho.
 - Invoca la STC 241/1992 para subrayar la vigencia del principio de culpabilidad, destacando que el tipo infractor exige la comisión dolosa, y que el culpable, en este caso, está perfectamente identificado. A este respecto cita las SAN de 14 de septiembre y 2 de noviembre de 2006, valorando que la sociedad fue víctima de un engaño y que cuando tuvo noticia del mismo reaccionó, cumpliendo con sus obligaciones de forma inmediata.

3. En todo caso, la infracción no puede ser calificada como de muy grave, sino de grave:

- No ha existido negligencia grave por parte de la recurrente, pues: a) el incumplimiento de los artículos 35.1 y 4 LMV, no prejuzga la comisión de una infracción muy grave, ya que para eso debe acreditarse la existencia de una negligencia grave por la recurrente, según el artículo 99 m LMV, b) el auditor externo que debía elaborar las cuentas se demoró injustificadamente, presentando su primer proyecto el 15 de mayo de 2009, a pesar de que la recurrente le había entregado la documentación necesaria antes de 31 de marzo de 2009, teniendo que acudir a un experto independiente para confirmar las cuentas.
- La actuación de la sociedad ha evitado un mal mayor, pues: a) si bien incumplió una obligación formal, garantizó la remisión de una información fiable, b) La conducta de la recurrente ha sido de absoluta cooperación con la CNMV, una vez descubrió el engaño del que había sido objeto.
- La aplicación del principio de proporcionalidad impide calificar la conducta como falta muy grave, pues: a) no se han causado perjuicios graves para terceros, ni para la economía nacional, b) la recurrente no ha obtenido beneficio alguno, c) las actuaciones de la sociedad han evitado una situación de grave riesgo para los inversores, d) la sociedad no es reincidente y no concurren circunstancias agravantes

4. Sobre la cuantificación de la sanción:

- Invoca los precedentes de la CNMV por la misma sanción que se han fijado en 15.000 euros, por lo que en caso de ser calificada la infracción como grave, la cuantía debería ser de 7.500 euros.

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. Para sostener esta pretensión, tras recordar la importancia de remitir en los plazos legalmente establecidos el informe financiero anual, se alegó lo siguiente:

La responsabilidad por el retraso en la remisión del Informe Financiero Anual (IFA), corresponde a al recurrente:

- Es el último día del plazo fijado para la remisión de las cuentas, el 31-3-2008, cuando, por primera vez se trata la cuestión de su envío, sin que en las reuniones precedentes del Consejo, ningún consejero planteara la cuestión.
- Lo anterior pone de manifiesto una notoria falta de diligencia para cumplir con la obligación referida, remitiéndose al FJ 8 de la resolución recurrida.

- Invoca las sentencias de la AN que destacan la importancia de las comunicaciones a la CNMV.

CUARTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes.

QUINTO.- Señalado el día 21 de enero de 2014 para la votación y fallo ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SEXTO. Aparecen observadas las formalidades de tramitación, salvo el de dictar la sentencia en los plazos establecidos, que son las del procedimiento ordinario establecido en los artículos 45 a 77 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La cuestión que se plantea en el presente proceso es la relativa a determinar el ajuste legal de la Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011, por la que se acordó, entre otros pronunciamientos, imponer a la mercantil “*La Seda de Barcelona SA*”, como autora de una infracción muy grave del artículo 99 m) de la Ley 24/1998 de 28 de julio del Mercado de Valores (LMV), en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal, una multa de 30.000 euros, como consecuencia de haber remitido a la CNMV, con un retraso de 67 días respecto del plazo establecido en el artículo 35.1 antes mencionado, el Informe Financiero Anual de la entidad (IFA), correspondiente al ejercicio de 2008.

SEGUNDO: La recurrente, que no niega los hechos declarados probados, alega en primer lugar que la responsabilidad derivada de los mismos debe imputarse exclusivamente al Presidente de su Consejo de administración, pues fue éste, en su condición de primer ejecutivo de la compañía, el que, empleando todos poderes inherentes a su cargo y con ocultación de los hechos a la sociedad, vulneró las obligaciones establecidas en la LMV relativas al envío en plazo del informe financiero anual.

No podemos compartir este planteamiento y compartimos, por el contrario las tesis que al efecto sustenta la Abogacía del Estado. El punto de partida de nuestro razonamiento es el de que en una sociedad anónima no puede identificarse la entidad, exclusivamente con el cargo de Presidente de su Consejo de administración. Una simple lectura de los artículos 127 y 171 del Real Decreto Legislativo 1564/1989 de 22 de diciembre por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas, texto vigente cuando se desarrollan los hechos enjuiciados, pone de manifiesto, por un lado, el deber general de diligencia exigible a los administradores de la sociedad y por otro, la específica obligación de formular en el plazo establecido las cuentas anuales de la misma. Esta tarea se encomienda directamente a los administradores para que éstos, puedan hacer

efectiva la obligación que el artículo 35.1 de la Ley 24/1988 impone directamente a la sociedades emisoras en orden a presentar el informe financiero anual en los precisos términos que se indican en dicho precepto.

En estas circunstancias, el relato que nos ofrece el Abogado del Estado es suficientemente ilustrativo y acreditativo de la desidia de los administradores y en consecuencia de la sociedad a este respecto. Así, podemos constatar que en el acta del Consejo de administración de la recurrente de 30 de enero de 2009, no figura ninguna mención respecto a la planificación necesaria para presentar el referido Informe, que como la recurrente nos indica, requiere el empleo de tiempo y medios importantes y para lo que la sociedad cuenta con un plazo máximo de 4 meses a contar desde la finalización del ejercicio (en ese momento le estaban, pues, 3 meses). Resulta muy llamativo, en orden a valorar el grado de diligencia de los administradores, que, el 31 de marzo de 2009, último día de plazo para formular las cuentas anuales, la sociedad y sus administradores tengan noticia, por primera vez, de que el trabajo del comité de auditoría había estado bloqueado en los primeros meses de 2009.

A partir de este momento se constata, por una parte, una cadena de requerimientos formulados por la CNMV (4 y 12 de mayo y 3 de junio), y por otra, el silencio y pasividad de la recurrente y de sus administradores, hasta la reunión de 27 de mayo de 2008 en la que se aprueban las cuentas anuales, y tras una serie de reformulaciones en las mismas y retrasos en la elaboración de la auditoría externa, llega el Informe Financiero Anual a la CNMV, el 7 de julio de 2009, con 67 días de retraso.

Este retraso es imputable a la sociedad en la medida en que no adoptó las medidas necesarias en tiempo oportuno. A estos efectos resulta esencial la valoración del silencio más absoluto de sus Consejeros en la reunión del Consejo de 30 de enero de 2008 y la total falta de reacción del mismo hasta el 31 de marzo siguiente, último día de plazo para formular las cuentas anuales. Resulta particularmente sintomático, que la recurrente justifique el desconocimiento de la existencia de los requerimientos formulados por la CNMV, en el hecho de que los recibía su Presidente y sin embargo, ante el carácter habitual de esta forma de proceder por parte de la CNMV, ninguno de los Consejeros preguntara por la existencias, lógica y esperable de los mismos, o se pusieran en contacto con la CNMV al efecto de aclarar la situación.

El hecho de que con posterioridad al 31 de marzo, los Consejeros de la recurrente fueran más o menos diligentes en la adopción de las medidas necesarias para cumplir con la obligación impuesta por el artículo 35.1 de la LMV, en modo alguno puede disculpar su falta de diligencia previa, y por ende de la sociedad, que se concentra justamente en los tres primeros meses del año 2009, momento en el deberían haber concentrado su acción como Consejeros en la elaboración de dichos documentos.

No resulta necesario repetir en este momento la importancia que tiene el cumplimiento, en plazo, de la obligación impuesta por el artículo 35 de la LMV, pues es constante y reiterada la jurisprudencia recaída en dicho sentido. La credibilidad del sistema financiero se vincula, en una de sus manifestaciones esenciales, a la protección eficaz de los intereses de los inversores, por encima incluso del de las emisoras, y en este sentido es muy ilustrativo el punto 15 de la Exposición de Motivos de la LMV, que subraya, de

forma insistente, el papel esencial que juega la recepción de información por parte del supervisor. Esta información debe ser veraz, remitirse de forma ordenada, y en los plazos establecidos, justamente para poder hacer efectiva la razón por la que esta obligación se impone y poder comunicar al mercado, y en consecuencia a los inversores, de forma ordenada y en el momento en que justamente se espera la información, necesaria, para que éstos puedan adoptar las medidas de inversión o desinversión que estimen oportuna.

Procede, por lo tanto, desestimar este primer motivo de recurso.

TERCERO: La segunda de las cuestiones planteada por la recurrente se refiere a la falta de responsabilidad de la sociedad misma, que sería más bien una víctima de la mala gestión de alguno de sus administradores, singularmente el Presidente del Consejo de administración. De entrada debemos decir, de acuerdo con lo dispuesto en el FJ 7 de la Orden objeto de recurso, que nuestro ordenamiento jurídico contempla, sin margen para la duda, la posibilidad de exigir responsabilidad directamente a las sociedades cotizadas por el incumplimiento de sus obligaciones. Así se desprende de los artículos 95, 84.2 a), 95, 102 y 35 de la LMV y 130.1 de la Ley 30/1992.

Por otra parte, tampoco en relación a este motivo de recurso, podemos compartir el planteamiento de la recurrente, que invoca con carácter principal una sentencia de esta Sala de fecha 2 de noviembre de 2006 recaída en el recurso nº 130/2004, asunto Aguas de Valencia. El paralelismo que pretende la recurrente entre ambos supuestos es inexistente, por lo que no puede invocarse de manera eficaz dicha doctrina en el presente caso. En efecto, en nuestra SAN de 2 de noviembre de 2006, que esencialmente reproduce la doctrina de la anterior de 14 de septiembre, también citada por la recurrente, es justamente la diligencia de los miembros del Consejo de la entidad, la que permite subsanar una conducta desviada imputable a un directivo de la misma. En sustancia, la entidad había remitido a la CNMV información sobre su situación financiera durante el ejercicio de 2002, empleando criterios contables distintos a los anteriormente empleados sin dejar constancia de ello, lo que había producido un incremento de valor de sus resultados ordinarios de un 21, 8%. Así las cosas, fue la propia sociedad, "*motu proprio*", la que de forma inmediata al momento en que tuvo conocimiento de esta irregularidad, puso los hechos en conocimiento de la CNMV, adoptando con celeridad todas las medidas de reparación posibles y contestando, también de forma inmediata, a los requerimientos que se le formularon, precisando que en ese supuesto, la OM de 18 de enero de 1991 permitía a la sociedad rectificar dicha información periódica en los diez días siguientes al de formulación de las cuentas anuales, cuyo plazo de presentación no se había aún iniciado. Por el contrario, en el presente caso, dejando al margen el comportamiento del Presidente del Consejo de administración de la recurrente, es la desidia de los Consejeros, en definitiva de la propia sociedad, la que posibilita la comisión de la infracción, ya que ninguna actividad desarrollan en el momento hábil oportuno para preparar el Informe Financiero Anual, como tampoco formulan pregunta alguna al respecto, ni consignan queja alguna sobre esta cuestión, llegando al último día de plazo para formular las cuentas anuales sin, al parecer, tener la más mínima noción sobre las dificultades de la sociedad, a lo que se añade que el informe de auditoría

posterior presenta una limitación al alcance y se consigna una incertidumbre sobre la capacidad de la recurrente para hacer frente a sus obligaciones financieras.

No se trata pues, en este caso, de la actuación individual de un directivo o administrador, plenamente identificado, contraria a los intereses de la sociedad, sino de la actuación de la sociedad misma, que de manera evidente vuelve la espalda, de forma como mínimo negligente, a sus obligaciones más elementales y trascendentes, escudando su conducta en circunstancias aleatorias que imputa a terceros. Del impacto económico de esta forma de proceder, es buena muestra el que la CNMV suspendió cautelarmente, el 5 de junio de 2009, la negociación en el SIBE de las acciones de la recurrente.

En estas circunstancias, procede desestimar también el segundo motivo de recurso.

CUARTO: La tercera 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 100 j) 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.

QUINTO: Resta por analizar las alegaciones de la recurrente en relación con la cuantificación de la multa. Sobre este punto debe partirse de la regla establecida por la CNMV en el FJ 9 de la resolución recurrida, cuando señala que *“resulta aconsejable imponer a La Seda una sanción de multa dentro de unos parámetros que no agraven aún más su situación, pero con una relevancia que permita mantener el carácter ejemplarizante que toda sanción debe tener”*. La CNMV pues, contra de lo que sostiene la recurrente, sí ha tenido en cuenta la particular situación financiera de la recurrente y las circunstancias concurrentes en el caso, para atemperar la sanción finalmente impuesta. La CNMV justifica la imposición de los 30.000 euros de multa, en el hecho de que la antijuridicidad de la conducta cobra un singular relieve cuando se constata, y la recurrente no combate este extremo, que existe una sustancial diferencia entre la información remitida en el informe financiero de 2008 y la que se había enviado previamente, lo que ha podido inducir a error a la hora de tomar decisiones de inversión, a lo que debe unirse la necesidad en la que se vio la CNMV de acordar la suspensión cautelar de la cotización de la recurrente en el SIBE, desde el 5 de junio de 2008 hasta el 5 de julio siguiente.

En estas circunstancias, entendemos que no procede rebajar aún más la sanción impuesta, pues el daño que la conducta de la recurrente ha causado, se identifica con la falta de remisión de la información en plazo con las consecuencias expuestas, sin que sea necesario acreditar un perjuicio adicional y sin que los precedentes administrativos invocados, que no se refieren a una situación idéntica a la enjuiciada, tengan la relevancia que le otorga la recurrente.

El artículo 102 a) de la LMV, regula la imposición de la sanción de multa por la comisión de infracciones muy graves, estableciendo los siguientes parámetros: *“Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades: el quintuplo 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”.

Así las cosas, y teniendo en cuenta que, dado que los recursos de la recurrente en 2007 fueron de 93.474.000 euros, la sanción que podría haberse impuesto es de 56.237.200 euros, la multa de 30.000 euros parece atemperada, proporcional a la gravedad de los hechos y producto del equilibrio al que la CNMV hizo referencia en su propia resolución.

En atención a lo expuesto, procede desestimar el recurso en su integridad.

SEXTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la LJCA, y en relación con las costas procesales, no se aprecian especiales razones que justifiquen un especial pronunciamiento sobre esta materia.

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

FALLO

Que debemos **DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS** el recurso interpuesto y en consecuencia confirmamos 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 la presente sentencia, se indicará a las partes que contra la misma **no cabe recurso de casación ordinario**.