

SENTENCIA DEL JUZGADO CENTRAL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
Nº 9 DE 20 DE ABRIL DE 2015

Recurso nº: 166/2014
Magistrada: D^a. María Dolores de Alba Romero
Acto Impugnado: Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 10 de enero de 2014
Fallo: Desestimatorio

En Madrid a veinte de Abril de dos mil quince.

La Ilma. Sra. Dña. MARÍA DOLORES DE ALBA ROMERO Magistrado-Juez del Juzgado Central Contencioso-Administrativo nº 9, en sustitución, habiendo visto los presentes autos de PROCEDIMIENTO ABREVIADO 166/2014 seguidos ante este Juzgado sobre ADMINISTRACION DEL ESTADO, entre partes, de una como recurrentes don RBS, don JUL, don ECF, don DGM, don AAA, don JLR, don ISB y don JUL representados por la Procuradora doña MVS, y asistida por el Letrado don JSP, y de otra MINISTERIO DE ECONOMIA Y COMPETITIVIDAD representada y asistida por el ABOGADO DEL ESTADO,

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero- Por la representación procesal de la parte demandante se presenta una demanda, por la se interpone recurso contencioso-administrativo contra las resoluciones del Secretario de Estado de Economía y Competitividad de fecha 10 de enero de 2014, adoptadas por delegación del Sr. Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, en virtud de las cuales se impone a cada una de las partes ahora recurrentes una sanción de multa de 3.000 euros.

El Abogado del Estado comparece en el procedimiento y se opone a las pretensiones de la parte demandante.

Segundo- Admitida a trámite la demanda, deducida por los trámites del procedimiento abreviado, y reclamado el Expediente Administrativo a la Administración demandada, tiene lugar la vista del juicio el día 13/4/2015.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO- Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo las resoluciones del Secretario de Estado de Economía y Competitividad de fecha 10 de enero de 2014, adoptadas por delegación del Sr. Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas, en virtud de las cuales se impone a cada una de las partes ahora recurrentes, don JUL, don AAA, don RBS, don ECF, don DGM, don JLR, don ISB y don JUL, una sanción de multa de 3.000 euros, por la comisión de una infracción considerada como muy grave del artículo 99, letra m), de la Ley 24/1988, de 28 de julio del Mercado de Valores, en relación con el artículo 35.1 del mismo texto legal, por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores y difusión de información financiera periódica, en concreto, el Informe financiero anual del ejercicio 2011 con 29 días de retraso respecto del plazo máximo para remitirlo previsto en el precitado artículo 35 .1 y su normativa de desarrollo.

La resolución impugnada recoge como antecedentes de la misma, resumidamente los

siguientes: BANCO GALLEGO, S.A., es una sociedad emisora cuyos valores de deuda se encuentran admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, a 31 de diciembre de 2011, su principal accionista es NCG Banco, S.A. con un 49,85% de su capital social. Finalizado el plazo de los 4 meses posteriores al cierre del ejercicio 2011, establecido por el artículo 8 del Real Decreto 1362/2007, el 3 de mayo de 2012 se requirió a Banco Gallego el envío, con carácter inmediato, del informe financiero anual del ejercicio 2011 y el informe estadístico correspondiente al segundo semestre de 2011 del Banco. El 16 de mayo de 2012 se requirió, por segunda vez y en los mismos términos, finalmente, con fecha 30 de mayo de 2012, se recibieron en la CNMV los informes financieros anuales individuales y consolidados del ejercicio 2011 de Banco Gallego. Por tanto, estos informes se recibieron con un retraso de 30 días, sin que se haya enviado ningún escrito justificando dicho retraso. Incoado el correspondiente expediente sancionador fue resuelto por medio de las resoluciones que ahora se impugnan.

SEGUNDO.- Los recurrentes en su demanda solicitan que se dicte sentencia dicte sentencia por la que se declaren contrarias a Derecho las resoluciones del Secretario de Estado de Economía y Competitividad de fecha 10 de enero de 2014, por la supuesta comisión de una infracción muy grave del artículo 99.m) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, anulándolas y declarándolas sin valor ni efecto; con la condena expresa a restituirles el importe de las multas ya abonadas y al abono de las costas de este proceso. A estos efectos manifiestan que, en el presente caso existe, por su parte, una total inexistencia de culpabilidad, ya que, el incumplimiento de la obligación de remitir en plazo el informe financiero anual a la CNMV se debió única y exclusivamente a un hecho por completo ajeno al Banco Gallego y a sus administradores, la ausencia de emisión por la firma auditora del informe de auditoría que preceptivamente debe acompañar al mencionado informe financiero anual. Por ello, resulta jurídicamente inadmisibles sancionar a unas personas por el incumplimiento de una obligación legal cuya observancia les era imposible, al depender por entero de la actuación de una tercera entidad (la firma auditora) sobre la que dichas personas carecían de cualquier tipo de autoridad o capacidad de control. Asimismo, entienden que no existen las circunstancias exigidas por la norma legal para la comisión de la infracción, finalmente, aducen que no cabe sancionar a personas a las que no es imputable el incumplimiento de una obligación legal de remisión de una documentación que no se encontraba en su poder, por tener que ser elaborada por una firma de auditoría ajena a la entidad de la que eran administradores.

A estas alegaciones y pretensiones se opone el Abogado del Estado, solicitando la desestimación del presente recurso.

TERCERO.- En primer lugar debemos señalar que los preceptos por los que se sanciona a los recurrentes tienen el siguiente contenido: El art. 99 letra m) de la LMV 24/1988 establece que: "*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."

CUARTO- Los recurrentes entienden, 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 nuestra Sala Revisora, en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo, que en la sentencia de uno de Julio de dos mil cuatro, confirmando la dictada por la del día 4 de diciembre de 2000, señaló lo siguiente: *"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, aun 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 este Juzgador, 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 él 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 29 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.

QUINTO.-Y sobre la ausencia de culpabilidad de los miembros del Consejo de Administración, nuestra Sala Revisora ha mantenido en sentencia de fecha 19 de septiembre de 2012, 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.

SEXTO.- Finalmente, la representación procesal de los recurrentes, en su brillante exposición en el acto de la Vista oral, manifiesta que en el presente caso, no se discute ni la obligación legal ni el incumplimiento producido, aunque entiende que solo es imputable a la firma auditora. A estos razonamientos debemos oponernos porque, ya desde la Exposición de Motivos de la Ley 24/1988 se enfatiza sobre la importancia que tiene en el sistema legal que implanta la “información”, en los siguientes términos: *“Dada la incidencia que en este mercado tienen las entidades sometidas al control del Banco de España, se previene, en relación con las mismas, un régimen de supervisión e inspección coordinado entre dicha Institución y la Comisión Nacional del Mercado de Valores. Importa, por otra parte, destacar que si la Ley pone un extraordinario énfasis en la adecuada supervisión del funcionamiento de los mercados, no lo hace sólo mediante el citado aparato institucional, sino también buscando apoyo en algo tan esencial como es la información. Son muchos los preceptos de la Ley en los que se prescribe o se posibilita la existencia de muy diversos mecanismos de recogida y difusión de la información (sobre los emisores, sobre valores emitidos, sobre los agentes que operan en el mercado, sobre el proceso de negociación, sobre cada una de las operaciones realizadas en el mercado, etc.). Esto ha de permitir que los propios agentes del mercado, los inversores, los observadores del mercado y los medios públicos de información ejerzan una efectiva vigilancia, sin cuya existencia los mayores esfuerzos supervisores de la Comisión Nacional del Mercado de Valores servirían de poco.”*

Es indudable que tanto el Banco Gallego, como sus consejeros ahora recurrentes, se encuentran obligados a: Publicar y difundir su informe financiero anual en el plazo máximo de cuatro meses desde la finalización de cada ejercicio, de acuerdo con lo establecido por el artículo 35.1 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV) y el artículo 8 del Real Decreto 1362/2007, de 19 de octubre, por el que se desarrolla la LMV. Y remitir dicho informe anual a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de conformidad con lo previsto en artículo 35.4 de la LMV, que establece que la información periódica, incluido el informe financiero anual, deberá remitirse a la CNMV, 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 la LMV.

De todo lo hasta aquí expuesto se deriva la desestimación del presente recurso.

SÉPTIMO.- En materia de costas es de entender que rige –como norma general, que tiene excepciones-tras la reforma de la Ley 37/2011 el criterio del vencimiento en caso de rechazo total del recurso. En el presente caso, a la vista de lo expuesto en los anteriores fundamentos de derecho, no se considera procedente imponer el pago de las mismas, dadas las particulares circunstancias que concurren en el caso.

Por todo lo expuesto, en nombre de S.M. EL REY y en virtud de la autoridad que me confiere la Constitución Española,

FALLO

Que debo **desestimar** y desestimo el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña MVS en nombre y representación de don RBS, don JUL, don ECF, don DGM, don AAA, don JLR, don ISB y don JUL, contra las resoluciones que han sido identificadas en el fundamento de derecho primero de esta sentencia, por lo cual confirmo las indicadas resoluciones al resultar conformes a Derecho.

No se hace especial imposición de costas procesales.

Notifíquese esta resolución a las partes interesadas.

Régimen de recursos: Esta resolución es firme y contra ella no cabe recurso ordinario alguno.