

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 27 DE ENERO DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 350/2011
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011
Fallo: Estimatorio parcialmente

Madrid, a veintisiete de enero de dos mil catorce.

Visto el recurso contencioso administrativo nº 400/11 que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido por LIQUIDAMBAR INVERSIONES FINANCIERAS SL representado por la Procuradora de los Tribunales D^a. C.C.M. contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 por la que acuerda imponer al recurrente, miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona SA una multa de 10.000 euros por la remisión a la Comisión Nacional del Mercado de Valores del informe financiero anual de 2008 con retraso de 67 días. La Administración demandada ha estado representada y defendida por el Abogado del Estado. La cuantía del recurso es de 10.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO: El 28 de julio de 2011 la parte actora interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución indicada en el encabezamiento de esta sentencia ante esta Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional donde fueron turnadas a la sección sexta. Admitido a trámite y una vez recibido el expediente administrativo se emplazó a la parte actora a fin de que formalizara la demanda, lo que así hizo el 15 de noviembre de 2011 en el que solicitó *"estime el recurso planteado, anulando parcialmente la orden ministerial de 25 de mayo de 2011 en lo que respecta a la imposición a mi mandante de una multa de 10.000 euros y declare que no es responsable de la infracción que, en su caso, haya podido cometerse. 2. Subsidiariamente, en caso de que se entendiese que existe infracción imputable a mi mandante, modifique la calificación de la misma a grave."*

Emplazado el Abogado del Estado para que contestara la demanda presentó escrito el 2 de febrero de 2012 en el que solicitó la desestimación del recurso interpuesto y confirmatoria de la resolución impugnada.

Solicitado el recibimiento a prueba y practicadas las declaradas pertinentes, se presentaron conclusiones y se señaló para votación y fallo el 21 de enero de 2014 en que efectivamente tuvo lugar.

VISTOS los artículos legales citados por las partes y demás de general y pertinente aplicación, y siendo Ponente la Ilma. Sra. D^a Lucía Acín Aguado, Magistrada de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El acto recurrido es la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 en la que se sanciona la mercantil la seda de Barcelona SA y a los miembros del Consejo de Administración por infracción del artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores. En concreto el actor recurre la orden en relación con la multa de 10.000 euros que se le impone como miembro del Consejo de Administración de la Seda de Barcelona, por la comisión de una infracción muy grave del artículo 99 letra m de la LMV ,en relación con el artículo 35.1 de dicho texto legal, 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 7 de julio de 2009-fecha en que la entidad efectivamente remitió el mismo.

Estos hechos no son discutidos en las alegaciones presentadas por el recurrente sino que trata de justificar la ausencia de su responsabilidad personal en los mismos por 1) la situación de crisis institucional por la que atravesaba la Seda en las fechas en que se produjeron los hechos infractores. 2) las ocultaciones realizadas por el Presidente de la Entidad a los demás miembros del Consejo 3) la falta de ánimo de ocultación y a la conducta diligente observada desde que tuvieron conocimiento de los hechos ocultados a fin de poder remitir a la CNMV el informe financiero anual de 2008 de forma completa, veraz y exacta. Con carácter subsidiario en el caso de que se le considere responsable de la multa, entiende que no se ha respetado el principio de proporcionalidad que a su juicio determina que la infracción debe considerarse como grave en vez de muy grave y se reduzca el importe de la multa

SEGUNDO: El artículo 99 m) de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores (en adelante CNMV) 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. 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

TERCERO: El artículo 15 de la Ley 26/1988 de Disciplina e Intervención de las entidades de crédito (LDIEC) al que se remite el artículo 98 de la Ley del Mercado de Valores 24/1988 establece que

“1. Quien ejerza en la entidad de crédito cargos de administración o dirección será responsable de las infracciones muy graves o graves cuando éstas sean imputables a su conducta dolosa o negligente.

2. No obstante lo señalado en el apartado anterior, serán considerados responsables de las infracciones muy graves o graves cometidas por las entidades de crédito sus administradores o miembros de sus órganos colegiados de administración, salvo en los siguientes casos:

- a) Cuando quienes formen parte de órganos colegiados de administración no hubieran asistido por causa justificada a las reuniones correspondientes o hubiesen votado en contra o salvado su voto en relación con las decisiones o acuerdos que hubiesen dado lugar a las infracciones.*
- b) Cuando dichas infracciones sean exclusivamente imputables a comisiones ejecutivas, consejeros-delegados, directores generales u órganos asimilados, u otras personas con funciones en la entidad”*

En este caso como señala la resolución recurrida ha de apreciarse la falta de diligencia exigible a los miembros del Consejo de la sociedad, puesto que a ellos correspondía promover en su seno el cumplimiento en plazo por la Seda de su obligación de remisión a la CNMV y difusión de la información que aquí se trata. El artículo 10 del RD 1362/2007 que desarrolla la Ley 24/1988 bajo el epígrafe *“responsabilidad del contenido y publicación del informe financiero anual”* considera expresamente *“responsables del informe financiero anual a la entidad emisora y sus administradores en cuanto sujetos obligados a formular y firmar las cuentas anuales y el informe de gestión individuales de la entidad y, en su caso, de su grupo consolidado, y la declaración de responsabilidad de su contenido.*

Como señala el Abogado del Estado al que seguimos en sus razonamientos cualquier administrador de una sociedad cotizada conoce la obligación de formular las cuentas en los 3 meses siguientes al cierre del ejercicio y de remitir a la CNMV el Interés Financiero Anual (IFA) en los 4 meses siguientes.

De lo acreditado en el expediente resulta que la formulación de las cuentas figura por primera vez en la reunión del Consejo de 31 de marzo de 2009, es decir, el último día del plazo para ello, para retirarse luego del orden del día. Si la diligencia consiste en el *"cuidado, esfuerzo y eficacia que se pone en una cosa"* (diccionario Casares) resulta llamativa la despreocupación por las cuentas del ejercicio que se manifiesta en las actuaciones previas al Consejo de 31 de marzo de 2009, último día del plazo. La diligencia imponía a los miembros del Consejo, un cuidado, esfuerzo y eficiencia en este tema, pues si antes del día del final del plazo hubiera existido esa diligencia que se dice existió, las cuentas se hubieran formulado a su tiempo y el informe remitido a la CNMV dentro del plazo. Se pretende culpar de la situación al auditor externo la entidad Horwath Auditores España SL, señalando que no concluyeron su trabajo a tiempo, pero no consta acreditado que fuera la falta de diligencia en la realización de su informe, el motivo del retraso. Consta que durante el ejercicio 2009 el Comité de Auditoría solo se reunió los días 15 y 25 de mayo, una vez concluido el plazo para aprobar las cuentas anuales y el informe financiero anual, pese a ser el órgano específico para controlar el proceso de elaboración de las cuentas.

Si como afirman, los Consejeros fueran informados en el Consejo de 31 de marzo de 2009 de la dimisión presentada el 19 de marzo por la Consejera y Presidenta del Comité de Auditoría y de la falta de elaboración del preceptivo informe del Comité de Auditoría, no se aprecia que actuaran con la máxima diligencia, ya que no consta se realizara ningún tipo de actividad tendente a conocer los problemas del Comité de Auditoría para cumplir sus funciones y así poder adoptar las medidas correctoras que permitieran mejorar su funcionamiento, ni se investigó las razones por las que la anterior Presidente del Comité había presentado su dimisión. Es más conocido que uno de los 3 miembros del Comité no acudía a las reuniones, lo que producía problemas de quórum no se adoptó ninguna medida ejecutiva para conocer las razones de su falta de asistencia o para proceder a su sustitución de forma inmediata al objeto de que dicho órgano pudiera realizar las funciones que tiene encomendadas en materia de formulación de cuentas al ser el órgano específicamente encargado conforme al artículo 27 de los Estatutos de revisar la información periódica del proceso de elaboración de la información económico-financiera, entre la que se encuentra los informes financieros anuales. Siendo ese el último día de plazo para aprobar las cuentas anuales, lo único que se acuerda es el nombramiento de un nuevo Presidente del Comité de Auditoría, pero respecto a ese otro miembro que no asiste no se adopta ninguna medida contundente solo se recoge que uno de los consejeros manifiesta *"que se postula para incorporarse como miembro del Comité de Auditoría, dado que el otro miembro de dicho Comité, el consejero PC.S. XXI tampoco asiste a ninguna reunión ignorándose los motivos"*.

En este caso la recurrente no asistió al Consejo de Administración del 31 de marzo de 2009. No justifica de ningún modo su falta de asistencia, teniendo en cuenta que ese Consejo era importante ya que ese era el último día del plazo para formular las cuentas anuales y como relata otro Consejero en el recurso 400/2011 que hemos examinado

existía un entorno de tensión con extraordinarias dificultades para la obtención de información y una situación de ingobernabilidad de la sociedad, habiendo dimitido 10 consejeros en el año 2008. El recurrente se limitó a delegar su voto en el Presidente y no consta solicitara información de forma inmediata acerca de los acuerdos tomados en esa reunión del Consejo. Afirma que el 16 de abril de 2009 requirió al Director Financiero de la Seda el borrador de las cuentas anuales (folio 12 de la demanda) pero no indica el documento y folio del expediente administrativo compuesto por 3.997 folios para que esta Sala constate la veracidad de esa información. La siguiente reunión del Consejo inicialmente programada para el 20 de abril se traslada al 30 de abril de 2009 y finalmente se celebra el 6 de mayo de 2009. 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, *para cuando esté terminado el informe de auditoría y hasta que los auditores emitan su informe de auditoría* (folios 1786 a 1802). Nadie hace referencia a la superación del plazo para presentar el IFA que finalizó el 30 de abril de 2009 y en las siguientes reuniones del Consejo de 13 de mayo de 2009, folio 1801 a 1805) y 20 de mayo de 2009 (folio 1806 a 1822), no se hace ninguna referencia al tema de las cuentas anuales.

En el caso específico de Liquidambar, Inversiones Financieras no asistió tampoco a la reunión de 20 de mayo de 2009 (folio 1806) y 27 de mayo de 2009 (folio 1824) pese a que en esta última en el orden del día estaba prevista la firma y declaración de responsabilidad sobre el contenido de las cuentas anuales consolidadas y ya habían transcurrido los plazos para presentar las cuentas anuales (finalizaba el 31 de marzo de 2009) y remitir el informe financiero anual a la CNMV (30 de abril de 2009) delegando su representación y voto en otro consejero sin que justificara la ausencia en esas reuniones.

Afirma el recurrente que no es hasta el 21 de mayo de 2009 cuando se comunica por primera vez que por parte de la CNMV se habían formulado diversos requerimientos a la SEDA en relación con la remisión de la información anual y señala que *"es en ese momento cuando Liquidambar descubre de manera sorpresiva la existencia de reservas e incertidumbres planteadas por el Comité de Auditoría y por los auditores de cuentas de la Seda en relación al tratamiento y reflejo contable de determinadas operaciones"*. (Folio 13 de la demanda). Hay que precisar que la existencia de los requerimientos de la CNMV no significan el nacimiento a partir de ellos, de la obligación de remitir el Interés Financiero Anual (IFA). Al contrario, recordando la gravedad de la falta de remisión, la CNMV requiere el inmediato cumplimiento de la obligación hasta en 3 ocasiones. El actor como Consejero desde el 25 de septiembre de 2006 conocía perfectamente los deberes de información hacia la CNMV. Por otra parte si no es hasta esa fecha cuando *"descubre de forma sorpresiva"* la existencia de incertidumbres en el Comité de Auditoría, denota una dejación de sus funciones ya que al menos desde la reunión del Consejo de 31 de marzo de 2009 se conocía la existencia de dificultades del Comité de Auditoría en la realización de sus funciones y la dimisión de la Presidente del mismo hasta esa fecha. Si el recurrente decidió por motivos que no explica no asistir a esa reunión del Consejo, debió haber puesto mayor diligencia en conocer las cuestiones que se trataron en el mismo. El hecho de que en la reunión del Consejo de 27 de mayo de 2009 votara en contra en el acuerdo de formulación de cuentas, no incide en los hechos constitutivos del tipo infractor, que se refiere a la falta de remisión en plazo del IFA no exigiendo el tipo que exista unanimidad en la formulación de las cuentas anuales

Sí que se aprecia que Liquidambar con posterioridad a la reunión del Consejo de 27 de mayo de 2009, (a la que no asistió y delegó su voto) desarrolló una actitud diligente encaminada a exigir que las cuentas se remitieran a la CNMV.

- 1) Liquidambar hasta en 3 ocasiones (28 de mayo, 1 y 3 de junio de 2009) requirió por escrito al Secretario, Presidente y a los restantes Consejeros de la Seda al objeto de que se diera cumplimiento a las obligaciones de información y transparencia exigiendo la remisión inmediata de las cuentas formuladas en el Consejo de 27 de mayo y de los informes de auditoría a la CNMV y exigió que se comunicara la existencia de votos contrarios a la aludida formulación de cuentas (folios 934 y ss del expediente administrativo). Tras estos requerimientos la Seda remitió el 5 de junio de 2009 las cuentas a la CNMV junto con un hecho relevante del Presidente acerca de la existencia de votos en contra.
- 2) El 8 de junio de 2009 requirió al Presidente y restantes Consejeros la celebración de una reunión urgente del Consejo con la comparecencia de los auditores (folio 941 del expediente administrativo) que se celebró el 9 de junio de 2009 en el que los auditores comunicaron su decisión de denegar la opinión salvo que se reformularan.
- 3) El 16 de junio de 2009 requirió al Presidente para una nueva reunión para la deliberación sobre el proceso de reformulación de cuentas.

Estas circunstancias mitigan la responsabilidad del recurrente pero no la excluyen ya que solo se aprecia una actitud diligente a partir del 27 de mayo de 2009 pero no en fechas anteriores. Por tanto solo afecta a la cuantificación de la multa, teniendo en cuenta que uno de los parámetros para graduar la multa en relación con la responsabilidad de los administradores es conforme al artículo 14.2 a) de la LIDEC "el *grado de responsabilidad en los hechos que concurra el interesado*". La negligencia grave que se exige en el tipo de infracción muy grave 99 m) de la LMV se debe apreciar respecto de la conducta de la sociedad que es la obligada a remitir el informe financiero anual y conforme a los parámetros que establece el propio precepto: relevancia de la comunicación no realizada y a la demora en que se incurrió. Una vez acreditado que la sociedad ha cometido la conducta infractora muy grave puede además declararse responsable de la infracción cometida por la sociedad a los miembros del Consejo de Administración, para lo cual aquí si es necesario examinar la conducta concreta del consejero en orden a examinar si ha realizado actuaciones que determina que sea asimismo responsable de la infracción. En ese caso esa intervención activa durante el último periodo mitiga el grado de responsabilidad y determina que debe reducirse la multa en un 50%

CUARTO: De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no procede hacer imposición de costas.

FALLO

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

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **LIQUIDAMBAR INVERSIONES FINANCIERAS SL** contra la orden de la Ministra de Economía y Hacienda de 25 de mayo de 2011 y en consecuencia se reduce el importe de la sanción impuesta a 5.000 euros. No se hace 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.