

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE MARZO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 80/04
Ponente: Don Santiago Soldevila Fragoso
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 22 de enero de 2004
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 20 de marzo de 2007.

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 80/2004, seguido a instancia de Don A.H.M., representada por el Procurador de los Tribunales Don I.O.C., 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. Ha comparecido en calidad de codemandada la mercantil "A.V., S.A.", representada por el Procurador de los Tribunales Don I.A.F.. 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 50.000 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 es 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 al recurrente la sanción de multa de 50.000 euros, como autor de una falta muy grave prevista en el artículo 99 ñ) de la Ley 24/1988 de 24 de julio (LMV), consistente en la remisión a la CNMV de información pública periódica de carácter financiero durante el ejercicio de 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 sociedad "A.V., S.A.", de la que el recurrente era Consejero Delegado, 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 directo 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. El recurrente ostentaba en dicha fecha el cargo de Consejero Delegado de la entidad y en la fecha indicada le fue aplicada la misma medida.

d) Tras contestar a un requerimiento de la CNMV que precisaba más información sobre los hechos expuestos, el 23 de diciembre de 2002 la sociedad 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 sociedad 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 sociedad 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) Infracción del principio de presunción de inocencia: La sanción se impuso con ausencia de prueba de cargo ya que por toda prueba se cuenta con la confesión de un coimputado sin que tampoco pueda darse validez a la declaración del auditor de cuentas que no ha vertido su opinión sobre los hechos imputados.

2) Infracción del principio de culpabilidad: 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 (STC 7611990).

3) Sobre el principio contable de prudencia valorativa y otras consideraciones sobre los ajustes contables realizados: no se ha acreditado que se haya producido una alteración de los principios contables de forma inadvertida. Solo admite que se realizaron determinados ajustes en referencia a importes activados e ingresos y gastos registrados con criterios no ajustados a la normativa vigente, extendiéndose sobre algunas consideraciones del principio de prudencia valorativa y el alcance de la Regla 25 del Plan General de Contabilidad.

4) Indebida tipificación de los hechos: La conducta sancionada por el art. 99 ñ de la LMV es la omisión absoluta del deber de enviar la información o el engaño en la remisión de datos, pretendiendo la CNMV que el tipo aplicado constituye una infracción autónoma. 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 el 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.

5) Indebida graduación de la infracción: estima que no se ha motivado debidamente los criterios de graduación, ni se han tomado en cuenta las circunstancias del caso en el que el sancionado por una infracción formal es una persona física

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.- Don I.A.F. en la representación que ostenta, solicitó la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado. En esencia argumentó que el recurrente era el superior jerárquico de los encargados de la llevanza material de los estados financieros de la sociedad, por lo que al menos por simple imprudencia es responsable de lo ocurrido, siendo llamativa la defensa que realiza de la actuación de sus subordinados. La declaración de la sociedad no es la de un coimputado ya que se limitó a poner en conocimiento de la CNMV las irregularidades que detectó respecto de la actuación del recurrente que en ningún caso fue aprobada por la sociedad.

QUINTO.- Practicada la prueba declarada pertinente, se acordó en sustitución de la vista, el trámite de conclusiones que fue evacuado por las partes ratificando sus alegaciones anteriores.

SEXTO.- Señalado el día 6 de marzo de 2007 para la votación y fallo, ésta tuvo lugar en la reunión del Tribunal señalada al efecto.

SÉPTIMO.- 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 al 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 precisa 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 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 las referidas cuentas anuales. De esta forma, sólo transcurrido ese período sin que se 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 debe destacarse 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 que la norma

aplicada (art. 99 ñ LMV) integra una conducta básica a la que se 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.

TERCERO.- Tal y como ya dijimos en la SAN de 14 de septiembre de 2006 (rec. nº 75/2004) en recurso interpuesto por Don F.P.E. Director General de la entidad directamente subordinado del recurrente a cuya fundamentación nos remitimos, lo que se está sancionando no es la utilización de distintos criterios contables sino la utilización de distintos criterios ocultando ese dato lo que llevó a la presentación de resultados divergentes, irregularidad que fue denunciada por la sociedad cuando tuvo percepción de ello. De esta conducta es responsable el recurrente por ser la persona que directamente, con un equipo de colaboradores, estaba encargada de la referida actividad, razón por la que debe descartarse sus alegaciones respecto de la infracción del principio de culpabilidad y falta de prueba de cargo. Existe culpabilidad en la medida en que el recurrente es responsable directo de los hechos, y existe prueba de cargo en la medida en que existe plena constancia de la documentación remitida en los términos expuestos sin que la actuación del Consejo de Administración de la sociedad haya supuesto una asunción de los criterios contenida en la misma, pues el Consejo se limitó a acusar recibo de su entrega sin que exista un acto de aprobación formal o asunción de la misma. Por otra parte, la posición del Consejo de Administración de la sociedad no es la de un coimputado en la medida en que se ha limitado a cumplir con la obligación que le incumbe de poner los hechos en conocimiento de la CNMV, debiendo recordarse que la prueba de cargo en la que se fundamenta la sanción es justamente la documentación remitida y de cuya elaboración es responsable directo el recurrente. Tampoco la prueba practicada, realizada sobre una información parcial, sirve para la exoneración de su responsabilidad, pues lo que se sanciona es, como se ha dicho, el hecho acreditado de variar inadvertidamente los criterios contables anteriores, conducta que ha sido debidamente acreditada y que las limitaciones de que parte la prueba pericial no ha podido desvirtuar.

Finalmente tampoco se ha infringido el principio de proporcionalidad, pues la sanción se impuso en el grado mínimo atendiendo las cuantías que para las infracciones muy graves establece el art. 102 de la LMV.

CUARTO.- 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

Desestimamos el recurso 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 esta sentencia se indicará a las partes que contra la misma no cabe recurso de casación ante la Sala III del Tribunal Supremo.