

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE MAYO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 362/05
Ponente: D. José Mª del Riego Valledor
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía de 9 de junio de 2005 que confirma en alzada Resolución de la CNMV de 1 de abril del mismo año.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 25 de mayo de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, y bajo el número 362/2005, se tramita, a instancia de "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F., representada por el Procurador Don J.G.S., contra la Resolución del Secretario de Estado de Economía, de fecha 9 de junio de 2005 (RA 425/05), sobre sanción, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo los importes de las multas (dos multas de 12 mil euros y dos multas de 6 mil euros).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La representación procesal de "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F. interpuso recurso contencioso administrativo, contra la Resolución de referencia, mediante escrito de fecha 6 de julio de 2005, y la Sala, por providencia de fecha 22 de julio de 2005, acordó tener por interpuesto el recurso y ordenó la reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente, para que en el plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en su escrito de demanda consta literalmente.

La Administración demandada formuló, a su vez, escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que, a tal fin, estimó oportuno.

TERCERO.- No se solicitó el recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día 17 de abril de 2007.

CUARTO.- En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales, previstas en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en las demás disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. José M^a del Riego Valledor.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Resolución del Secretario de Estado de Economía, de 9 de junio de 2005, que desestimó el recurso de alzada interpuesto por los recurrentes contra la Resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 1 de abril de 2005, de imposición de sanciones.

La Resolución citada de la CNMV, de 1 de abril de 2005, contenía los siguientes pronunciamientos en su parte dispositiva:

a) *Imponer a "A.F., A.V., S.A.", las siguientes sanciones:*

- *Por la comisión de una infracción grave de las recogidas en el artículo 100, letra o), de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el artículo 64.3 del mismo texto legal, en relación con el artículo 4.2 del Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión, por la realización de operaciones de financiación de clientes, MULTA por importe de 12.000 euros.*
- *Por la comisión de una infracción grave de las recogidas en el artículo 100, letra c), de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas y sobre el modo que deben llevarse los libros y registros, MULTA por importe de 12.000 euros.*

b) *Imponer a Don L.A.F., Consejero, Secretario del Consejo de Administración y Director General de "A. F., A.V., S.A.", las siguientes sanciones:*

- *Por la comisión de una infracción grave de las recogidas en el artículo 100, letra o), de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de la reserva de actividad prevista en el artículo 64.3 del mismo texto legal, en relación con el artículo 4.2 del Real Decreto 867/2001, de 20 de julio, sobre Régimen Jurídico de las empresas de servicios de inversión, por la realización de operaciones de financiación de clientes, MULTA por importe de 6.000 euros.*
- *Por la comisión de una infracción grave de las recogidas en el artículo 100, letra c), de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas y sobre el modo que deben llevarse los libros y registros, MULTA por importe de 6.000 euros.*

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: a) inexistencia de la infracción tipificada en la letra c) del artículo 100 LMV, y b) indebida aplicación de los criterios de graduación del artículo 14 de la ley 26/1988.

El Abogado del Estado contesta que la irregularidad en la actuación contable de los recurrentes resulta plenamente acreditada por el Informe de la DG de Supervisión del Banco de España y por el reconocimiento del B. de Sabadell, y que la Administración ha ponderado correctamente las circunstancias concurrentes.

TERCERO.- La primera cuestión a decidir en el presente recurso es la relativa a la sanción impuesta a los recurrentes por la infracción descrita en el artículo 100, letra c) de la ley 24/1988, de 28 de julio, reguladora del Mercado de Valores (LMV), consistente en el

incumplimiento por las entidades de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas o sobre el modo en que deban llevarse los libros y registros oficiales, así como de las normas sobre consolidación.

La parte actora admite en su demanda que la Agencia de Valores llevó a cabo distintas disposiciones en septiembre y octubre de 2003, de una póliza de crédito contratada con el Banco de Sabadell, si bien la entidad bancaria asignó a dichas operaciones una fecha valor que era anterior a la fecha de operación y la Agencia de Valores contabilizó en sus registros las disposiciones de acuerdo con la fecha valor asignada por la entidad bancaria, sin que sea citada disposición alguna, del rango que sea, que contemple este supuesto y obligue a contabilizar tales disposiciones en la fecha de la operación o prohíba la contabilidad en la fecha valor.

CUARTO.- En el origen del procedimiento sancionador se encuentra la visita de inspección a la Agencia de Valores recurrente por la Dirección de Supervisión de la CNMV, referida a 30 de septiembre de 2003, cuyo Informe de fecha 13 de febrero de 2004 obra en el expediente administrativo (folios 20 a 64). En dicha visita de inspección se pusieron de manifiesto los hechos constitutivos de incumplimientos contables que constituyen la infracción del artículo 100 c) LMV, y que han sido admitidos por los recurrentes en su demanda, que discrepa únicamente de las consecuencias jurídicas que se derivan de las fechas de contabilización de determinadas operaciones.

Durante los meses de septiembre y octubre de 2003 la Agencia registró disposiciones de una póliza de crédito suscrita con el Banco de Sabadell en fechas diferentes a las fechas reales de las operaciones. En concreto, la Agencia efectuó el registro contable de disposiciones en la cuenta de crédito por importe de 75.000 euros en distintas fechas de septiembre de 2003, coincidiendo con la fecha valor, cuando en realidad las fechas de las operaciones son todas de octubre de dicho año, tal y como resulta del cuadro que obra en el Hecho Probado Tercero de la Resolución de la CNMV de 1 de abril de 2005 (folio 1019 del expediente administrativo). Esta forma de contabilización de las operaciones, que según la Resolución impugnada incumple la Norma 2ª de la Circular 5/1990, que luego comentaremos, produce la consecuencia de que el 30 de septiembre de 1993, los estados financieros de la Agencia presenten unas disponibilidades líquidas superiores en 75.000 euros al saldo real en cuentas corrientes y, al mismo tiempo, su pasivo registre unas disposiciones de la póliza de crédito superiores en el mismo importe a las certificadas por la entidad bancaria, lo que permitió a la Agencia aparentar el cumplimiento de la obligación de materializar los saldos acreedores de clientes en activos líquidos y el cumplimiento de los requerimientos efectuados por la CNMV en dicho sentido.

No se comparte por la Sala el argumento de los recurrentes acerca de la omisión de la identificación de la disposición contable infringida, porque la Resolución sancionadora de la CNMV cita y menciona expresamente las normas contables infringidas (F.D. 4º), en especial la Norma 2ª de la Circular 1/1998, de la CNMV, sobre normas contables, modelos reservados y públicos de los Estados Financieros y cuentas anuales de carácter público de las Sociedades y Agencias de Valores, que establece el principio general de que el balance, la cuenta de pérdidas y ganancias y el resto de la información contenida en los demás estados complementarios se formularán con claridad y habrán de dar una

imagen fiel del patrimonio, de los resultados y de la situación financiera de la entidad, y añade seguidamente dicha Norma 2ª que citamos que, a estos efectos, todos los bienes derechos, obligaciones, ingresos, gastos y compromisos de cualquier clase, incluso unilaterales, ya sean efectivos o potenciales, que conforman la situación íntegra de la sociedad, *"...deberán registrarse contablemente desde el mismo momento en que se originen..."*, bien en cuentas de activo o pasivo, o bien en cuentas de riesgo y compromiso, según corresponda en cada caso.

La propia Agencia recurrente reconoce en el expediente administrativo que los saldos suministrados a la CNMV no reflejaban la realidad, si bien imputa la responsabilidad a la información errónea suministrada por el Banco de Sabadell, que reconoce en documento de fecha 14 de noviembre de 2003 (folios 228 y 229 del expediente) que la información suministrada a la CNMV a 30/09/2003 no reflejaba la totalidad de saldos de la Agencia, en concreto 75.000 euros dispuestos sobre la cuenta de crédito a que antes nos hemos referido (folios 239 y 241 del expediente). Al respecto, debe decirse que está acreditado en el expediente que las operaciones sobre la cuenta de crédito eran ordenadas por la Agencia recurrente, mediante faxes al Banco de Sabadell, en los que se contenían indicaciones sobre la fecha valor a asignar a la operación, que era siempre anterior a la fecha de la orden (folios 389 a 395 del expediente).

A lo anterior se suma que la infracción por incumplimientos contables del artículo 100 c) LMV se integra también por las irregularidades en relación con la el saldo de 186.000 euros correspondiente a la cuenta interna "JJ28", en la que registran mensualmente abonos en concepto de retrocesión de comisiones y remuneración de saldo, sin que desde su origen se haya registrado ningún pago y sin que aporten los recurrentes documento alguno que soporte la razonabilidad del registro contable realizado, sin que efectúen tampoco en su demanda alegación alguna sobre la inclusión de las citadas irregularidades contables en la infracción sancionada por la Resolución impugnada.

QUINTO.- Consideran los recurrentes que la Administración ha infringido el principio de proporcionalidad, con indebida ponderación de las circunstancias atenuantes descritas en el artículo 14 de la ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, aplicables por remisión expresa del artículo 98 LMV.

Sin embargo, en la Resolución impugnada se tiene en cuenta en el momento de imposición de las sanciones la atenuante del artículo 14.1.d) de la ley 26/1988, de la relativa importancia de la Agencia en el sector, medida en función del importe total del balance.

La CNMV, no obstante referirse a las circunstancias agravantes de la conducta anterior, en relación con las normas de ordenación y disciplina del mercado de valores, por haberle sido impuesta una sanción firme en los últimos 5 años y de la entidad de las infracciones, por haber incurrido en ellas estando requerido por la CNMV para que prestara una especial vigilancia en el cumplimiento de sus obligaciones en protección de su estabilidad financiera y derechos de los inversores, lo cierto es que no hace ponderación efectiva de ninguna circunstancia agravante en la individualización de las sanciones, como lo demuestra el importe mismo de las multas en relación con el tope máximo de las mismas.

En efecto, las sanciones graves como las que nos ocupan tienen previstas unas sanciones de multa, en el artículo 103 LMV, de hasta "...la mayor..." de las siguientes cifras: el 2% de los recursos propios de la entidad infractora, el 2% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas (150.253,03 euros), y similar opción entre las dos últimas alternativas contiene el artículo 106.1 b) de la LMV, para el caso de sanciones de las personas físicas que ejerzan cargos de administración o dirección de la persona jurídica infractora.

Si se toma como referencia el límite máximo de la sanción de 150.253,03 euros, no cabe duda que las sanciones impuestas, de 12.000 euros por cada una de las dos infracciones cometidas por la Agencia de Valores y la sanción de 6.000 euros por cada infracción del Secretario y Director General de la Agencia, se encuentran en el grado mínimo o tercio inferior de la sanción prevista legalmente para este supuesto. Incluso se encuentran por debajo del 10% (el 8% las sanciones de la Agencia y el 4% la del Secretario y Director General) del límite máximo de la sanción, por lo que no puede considerarse que haya existido por parte de la CNMV una indebida aplicación de circunstancias agravantes en la individualización de las sanciones, que la Sala considera proporcionadas y ajustadas a derecho.

SEXTO.- No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

FALLAMOS

En atención a lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F. contra la Resolución del Secretario de Estado de Economía y Hacienda, de fecha 9 de junio de 2005, que declaramos ajustada a derecho en los extremos examinados.

Sin expresa imposición de costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes con la indicación a que se refiere el artículo 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así, por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen, a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.