

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 8 DE JUNIO DE 2007

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 629/05
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 18 de octubre de 2005 que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 29 de julio de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a ocho de junio de dos mil siete.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don J.G.S., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, relativa a sanción, siendo la cuantía del presente recurso de 104.000 y 52.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don J.G.S., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la sanción que nos ocupa.

SEGUNDO.- Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en 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 el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal 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 habiéndose solicitado 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 veintinueve de mayo de dos mil siete.

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

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Es objeto de impugnación en autos la Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, por la que se confirma la sanción impuesta a los hoy recurrentes como consecuencia de una infracción muy grave prevista en el artículo 99 l) de la Ley 24/1988 de 28 de julio, por la inobservancia de las obligaciones previstas en el artículo 70.1 h) de la misma Ley en relación con el artículo 29.2 del Real Decreto 867/2001, al mantener un déficit en la inversión de activos líquidos y de bajo riesgo de los saldos acreedores de clientes. Se ha sancionado a la entidad y al Director General.

SEGUNDO.- Previamente al análisis de la cuestión que se nos somete hemos de recordar el contenido de las normas jurídicas de aplicación.

El artículo 99 l), en la redacción dada por Ley 50/1998 dispone:

"La inobservancia por las empresas de servicios de inversión de las obligaciones previstas en las letras a, b, c, g y h del número 1 del artículo 70, así como de las limitaciones y reglas previstas en los números 2, 3 y 4 del citado artículo y, en su caso, de las personas o entidades a que se refiere el artículo 65.2".

Por su parte el artículo 70.1 h) establece:

"Tomar las medidas adecuadas, en relación con los valores y fondos que les confían sus clientes, para proteger sus derechos y evitar una utilización indebida de aquéllos. Reglamentariamente se regularán los mecanismos de control interno que deberán cumplimentar las empresas de servicios de inversión para cumplir adecuadamente esta obligación "

Por último el artículo 29.2 del Real Decreto 867/2001 dispone:

"Constituirán excepción a lo dispuesto en el apartado anterior, las cuentas acreedoras de carácter instrumental y transitorio que las sociedades y agencias de valores abran a clientes en relación con la ejecución de operaciones desarrolladas por cuenta de ellos. Los saldos de estas cuentas deberán estar invertidos en aquellas categorías de activos líquidos y de bajo riesgo que el Ministro de Economía determine.

El mantenimiento de estos saldos quedará condicionado a la existencia en la entidad de mecanismos de control interno que, con los requisitos que la Comisión Nacional del Mercado de Valores determine, aseguren que tales saldos cumplen lo previsto en el párrafo anterior."

TERCERO: Los hechos que dieron origen a la sanción pueden resumirse en el mantenimiento de un déficit durante los meses de septiembre y octubre de 2003 por disposiciones en póliza de crédito -99.000 euros- e incremento de saldos acreedores de clientes -24.000 euros-. La Administración afirma que esta situación fue reflejada contablemente teniendo en cuenta la fecha de valor en cuenta y no la de la operación en relación a la disposición de la póliza de crédito y no considerando cliente a quien impuso en una cuenta de la Agencia 24.000.

Estos hechos resultan del expediente y especialmente del informe de la Dirección General de Supervisión del Banco de España.

El razonamiento de los actores parte en esencia de afirmar que nos encontramos ante una discrepancia en la interpretación de las normas de contabilidad, y que los hechos enjuiciados en el presente recurso son, en realidad irregularidades contables, que deben subsumirse en el tipo previsto en el artículo 100 c) de la Ley 24/1988 y que ya han sido sancionados por Resolución de 1 de abril de 2005.

Este planteamiento de la parte recurrente, también esgrimido en vía administrativa, no puede ser acogido. En realidad no es un incumplimiento de normas contables lo que se imputa, sino el incumplimiento de las previsiones contenidas en los artículos 70.1 h) y 29.2 antes citados.

Efectivamente, hemos de partir, como resulta del expediente administrativo, de una situación material previa, cual es la existencia de un déficit en la inversión de activos líquidos y de bajo riesgo en los saldos acreedores de clientes, que tienen un reflejo contable que ha sido objeto, en otro expediente, de sanción. Pero la realidad es que nos encontramos ante dos conductas distintas, la primera la existencia de esa situación material que directamente afecta a la seguridad de los clientes, la segunda es el incorrecto reflejo contable de esa situación. Ambas conductas pueden darse por separado, y ninguna de ellas es instrumental de la otra por lo que no puede apreciarse el concurso.

En el presente caso solo se sanciona la conducta material relativa al déficit.

En cuanto al momento en que un inversor es cliente, podemos admitir que viene determinado por la firma del contrato, pero lo que es cierto es que una vez que el cliente futuro, aún antes de la firma del contrato, realiza una imposición, ésta debe ser tratada como una imposición realizada por un cliente pues ese es el objetivo de su actuación, la causa jurídica de la imposición, y la exigencia de las normas jurídicas encaminadas a la protección de clientes.

Por otra parte la situación que describimos no se produce desde la ignorancia o desconocimiento de los actores, ya que previamente a los hechos enjuiciados había existido un requerimiento de la CNMV a la entidad a fin de que extremase la prudencia en el cumplimiento de las normas, por lo que los sancionados habían sido avisados en relación a su forma de operar, lo que excluye falta de culpabilidad en el comportamiento.

CUARTO.- En relación a la graduación de las sanciones hemos de recordar el precepto de aplicación.

El artículo 102 de la Ley 24/1988 en su redacción dada por Ley 37/1998 establece:

"Multa por importe no inferior al tanto, ni superior al quíntuplo, del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; o, en caso de que no resulte aplicable este criterio, hasta la mayor de las siguientes cantidades resultantes: El 5 % de los recursos propios de la entidad infractora, el 5 % de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 50.000.000 de pesetas."

El artículo 105 establece respecto de los miembros del Consejo de Administración:

"Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el 5% de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 50.000.000 de pesetas."

Pues bien, en el presente caso se ha impuesto a la entidad multa de 104.000 euros y al Director General 52.000 euros. Se ha apreciado la atenuante de la escasa importancia de la Agencia en el sector y como agravante el previo requerimiento de la CNMV imponiéndose la sanción en el grado mínimo.

En cuanto a la atenuante de la escasa importancia de las operaciones que invocan los actores hemos de afirmar que se encuentra incluida en la falta de importancia de la Agencia en el sector, pues el contenido y finalidad de ambas es el mismo, la poca relevancia de la operación en el funcionamiento del sector que puede venir dada por la escasa importancia en el mismo del sujeto infractor, o aún siendo el sujeto relevante no serlo la operación.

Por último, hemos de señalar que nada se alega en la demanda sobre la culpabilidad del Director General, por ello no entraremos en el análisis de la cuestión, solo recordaremos que en reiteradas ocasiones hemos examinado la culpabilidad de los miembros de los órganos de administración de las entidades, concluyendo su exigencia bien a título de intencionalidad o bien de negligencia por culpa in vigilando, según los casos.

De lo expuesto resulta la desestimación del recurso y la confirmación del acto impugnado, al ser ajustados a Derecho los pronunciamientos en él contenidos.

No se aprecian méritos que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que desestimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por "A.F., A.V., S.A." y Don L.A.F. y en sus nombres y representaciones el Procurador Don. J.G.S., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Resoluciones del Ministerio de Economía y Hacienda de fecha 18 de octubre de 2005, debemos declarar y declaramos ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada, y en consecuencia debemos confirmarla y la confirmamos y con ella la sanción impuesta, sin expresa 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.