

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE JULIO DE 2008

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 150/05
Ponente: Dª. Lucía Acín Aguado
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 14 de septiembre de 2004 confirmada en alzada por Resolución Ministerial de 24 de enero de 2005
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil ocho.

VISTO por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 150/05 promovido por Don E.G.Q. representado por la Procuradora de los Tribunales D.ª R.S.G. contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2005 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de septiembre de 2004 por la que se sanciona al recurrente por la comisión de tres infracciones graves de la Ley del Mercado de Valores. Ha sido parte en autos la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado. La cuantía de este recurso es de 8.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- El 21 de marzo de 2005 la parte actora interpuso recurso Contencioso-Administrativo contra resolución citada en el encabezamiento de esta sentencia ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y turnada a la sección sexta, fue admitido a trámite, reclamándose el expediente administrativo. Emplazada la parte actora formalizó la demanda en escrito de 17 de noviembre de 2005 en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que consideró oportunos, terminó solicitando "dicte sentencia por la que declare no ser conforme a Derecho y anule la resolución recurrida; para el caso de que no se estimara la anterior pretensión, que se revise dicha resolución en el sentido manifestado en este escrito, imponiéndose en cualquier caso la sanción o sanciones en su grado mínimo por aplicación del principio de proporcionalidad".

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

Acordado el recibimiento a prueba, presentadas conclusiones, por providencia de 16 de junio de 2006 se declararon las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo lo que se efectuó el 3 de junio de 2008. La sentencia no se ha dictado en plazo dado que la ponente estuvo 15 días de permiso.

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.- Se interpone recurso Contencioso-Administrativo contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2005 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de septiembre de 2004 en la parte que acuerda imponer a Don E.G.Q., como Consejero Delegado y Director General de "G.P.M., Agencia de Valores, SA".

Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 h) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido el nivel de recursos mínimos exigidos, multa por importe de 3.000 euros.

Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 c) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento por las entidades comprendidas en el artículo 86 de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones, formulación de cuentas o sobre el modo en que deben llevarse los libros y registros, multa por importe de 3.000 euros.

Por la comisión de una infracción grave del artículo 100 o) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la concesión ocasional de financiación a clientes, actividad para la que no está autorizada, sanción consistente en multa por importe de 2000 euros.

SEGUNDO.- La parte actora alega en su demanda: 1) niega la existencia de las infracciones de la Ley del Mercado de Valores por las que fue sancionado, 2) vulneración de los principios del derecho administrativo sancionador: legalidad, tipicidad y culpabilidad, y 3) aplicación de los criterios legales de graduación de la sanción.

El Abogado del Estado contesta uno por uno los argumentos de la demanda, mantiene que la recurrente cometió las infracciones por las que resultó sancionado, que su conducta fue negligente y que las sanciones fueron graduadas en atención a las circunstancias concurrentes.

TERCERO.- Las cuestiones planteadas en este recurso han sido resueltas en la sentencia de 28 de febrero de 2007 dictada en el recurso Contencioso-Administrativo 152/05 interpuesto contra la misma resolución administrativa si bien referida a las sanciones de multa impuesta a la Agencia de Valores "G.P.M., S. A" por las mismas infracciones graves y en base a los mismos argumentos, por lo que se reproduce lo recogido en dicha sentencia en los fundamentos de derecho cuarto a octavo.

"CUARTO.- Los hechos que dan lugar a la iniciación del expediente y posterior imposición de

sanciones fueron advertidos con ocasión de las actuaciones de supervisión llevadas por la Dirección de Supervisión de la CNMV, en visita realizada a la Agencia de Valores con referencia a sus estados financieros a 31/10/2002, obrando en el expediente administrativo los correspondientes Informes de la visita.

En primer lugar alega el recurrente, en relación con la primera infracción, que la insuficiencia de recursos propios fue debida al criterio de contabilizar las acciones de la sociedad "Bolsas y Mercados Españoles, Sociedad Holding de Mercados y Sistemas Financieros, SA" de las que era titular a su tipo de emisión (4 euros de nominal más 2 euros de prima de emisión), que la interpretación sostenida por "GPM, AV" es razonable y que el presunto incumplimiento fue subsanado inmediatamente una vez advertido por la CNMV lo que demuestra la buena fe de la recurrente.

La Resolución sancionadora de la CNMV explica, de manera suficiente, que existe una disposición clara sobre el criterio aplicable a la contabilización de acciones objeto de canje como las de la Sociedad Holding de Mercados, que establece que las acciones resultantes de un canje deben valorarse como si de una permuta se tratara y su valor vendrá determinado por el valor neto contable del bien cedido o por el valor de mercado, si este es menor. Tal criterio contable no es susceptible de aplicación discrecional, sino que resulta de aplicación obligada en virtud del principio general de prudencia valorativa que sanciona la norma 2ª de la Circular 5/1990 de la CNMV (BOE de 05/12/1990) que establece que: "...el principio de prudencia valorativa prevalecerá sobre cualquier otro en caso de conflicto...".

La circunstancia de que "GPM, AV" subsanara este incumplimiento no impide que se haya producido un desfase de los recursos propios, que estuvieron por debajo del 80% del nivel mínimo exigible en los meses de octubre y noviembre de 2002 y en menor diferencia entre diciembre de 2002 y mayo de 2003, lo que constituye la infracción grave del artículo 100 h) LMV, en la que está presente el elemento de culpa, constituido por la conducta cuanto menos descuidada y desatenta de la recurrente en la aplicación de los criterios contables que resultaban procedentes en la valoración de sus activos.

QUINTO.- La segunda infracción consistió en diversos incumplimientos sobre contabilización de operaciones, alegando la recurrente, con carácter general, que entendía no era necesaria la dotación de provisión de cantidades adeudadas, ya que dichas cantidades iban a ser cobradas y las deudas que no entrañaban ningún riesgo.

Respecto de los defectos de provisión de insolvencias relativos al crédito a particulares, por importe de 42.000 euros, la propia "GPM, AV" reconoce que tuvo que dotar la provisión de 21.000 euros siguiendo las recomendaciones de la CNMV, y en cuanto a los restantes 21.000 euros que fueron cobrados en noviembre de 2002, ello no desdice que la provisión resultara obligatoria en virtud de la norma 2ª, apartado 7 de la Circular 5/1990.

La misma recurrente admite que existió un retraso en la provisión de saldos deudores de clientes clasificados como de dudoso cobro por importe de 82.000 euros, que se provisionaron en diciembre de 2002, a pesar de que la antigüedad de los saldos era superior a los dos años,

lo que obligaba a provisionarlos en su totalidad en el momento de cumplirse dicho plazo, de acuerdo con la citada norma 2ª, apartado 7, de la Circular 5/1990.

También admite la demandante que tuvo que provisionar los anticipos de remuneraciones de dos antiguos trabajadores cuando fracasaron las negociaciones que se mantenían con ellos, lo que demuestra que previamente existía un defecto en la provisión de dichas deudas. Con carácter general, para este caso y para todo lo relacionado con préstamos en los que la recurrente alega falta de riesgo en el cobro de la deuda, debe decirse que regla 2ª, apartado 7, de la Circular 5/1990, sobre riesgos de insolvencia en los activos y provisiones, no sujeta o vincula la aplicación de provisiones al criterio subjetivo de la convicción de que se llegará o no a un acuerdo sobre el pago de la deuda, sino que establece un criterio objetivo para dotar las provisiones, en función de la existencia de garantías y de la antigüedad de la deuda.

Admite igualmente el recurrente otro retraso en la amortización del inmovilizado material, que se comienza a realizar en diciembre de 2002, a pesar de haberse adquirido en el último trimestre de 2001 y primer trimestre de 2002, lo que supone un incumplimiento de la Norma 2ª, número 4, de la Circular 5/1990.

También admite el recurrente que existió un retraso de tres meses -y por tanto un incumplimiento- de la correcta contabilización de las facturas emitidas por la Sociedad Rectora de Bolsas por importe de 4.000 euros de septiembre y octubre de 2002.

Es igualmente reconocido por la recurrente que no periodificó el importe de 8.000 euros de gastos devengados a 31 de octubre de 2002 por comisiones de representación, lo que incumple el principio general del devengo establecido por la Norma 2ª de la Circular 5/1990.

La Sala no comparte la idea de la recurrente de que las deficiencias e irregularidades que se han detallado constituyen simples diferencias de criterio, sino que son auténticos incumplimientos de las normas de contabilidad que se acaban de citar y que, en su gran mayoría, son incluso admitidos por la recurrente que únicamente opone frente a los mismos un retraso en la correcta contabilización, lo que no impide que el incumplimiento o la deficiencia en la contabilidad se haya producido, habiendo sido necesaria la intervención de la CNMV para verificar los oportunos ajustes contables.

SEXTO.- La Agencia de Valores recurrente afirma, en relación con la infracción consistente en la concesión ocasional de financiación a clientes, que no concedió préstamos a clientes.

Sin embargo, admite la existencia de saldos deudores con sus clientes. Los saldos deudores con clientes, que en su mayoría proceden de ejercicios anteriores a 2001, fueron detectados en la visita de inspección y se detallan en la Resolución sancionadora, presentando saldos deudores 93 clientes. Los saldos deudores ascendían a 60.000 euros, de los cuales 54.000 euros debían ser reclasificados como dudosos por tener una antigüedad superior a 3 meses, y de estos últimos, 42.000 euros debían ser provisionados de acuerdo con los criterios contables aplicables. Además, existían saldos deudores de clientes clasificados por la propia recurrente

como de dudoso cobro, por importe de 230.000 euros, de los cuales sólo había provisionados 148.000 euros.

De acuerdo con los artículos 63 y 64 LMV, las Agencias de Valores no pueden conceder créditos o préstamos a inversores para la realización de operaciones, debiendo exigir de aquellos que pretendan ejecutar órdenes a través de las mismas la correspondiente provisión de fondos.

Por tal razón, la Agencia de Valores recurrente incurrió en la infracción grave del artículo 100 o) de la LMV al realizar de forma ocasional o aislado, esto es, de forma no habitual, actividades para las que no está autorizada.

SÉPTIMO.- Indica la demanda que el principio de legalidad y tipicidad exigen que la sanción se refiera a hechos que encuadren exactamente en el tipo establecido legalmente, impidiendo una interpretación extensiva o desviada de las normas que tipifican las infracciones administrativas.

Lo anterior es cierto, pero la Agencia de Valores recurrente no concreta como se manifiesta en este caso la infracción de los principios de legalidad y tipicidad invoca. En cualquier caso, nos remitimos a los apartados anteriores en los que nos hemos referido a las conductas de la recurrente y a su encaje en las infracciones graves de la LMV por las que resultó sancionada.

Entiende la parte actora que no concurre el requisito de la culpabilidad porque sujetó su conducta a una interpretación razonable de la norma, tanto en la infracción del artículo 100 h) LMV, como en la infracción del artículo 100 o) LMV. La Sala no comparte el anterior razonamiento, pues tanto en el caso de la contabilización de acciones objeto de canje, que ocasionó la insuficiencia de recursos propios, como en los casos de concesión ocasional de financiación a clientes, existen normas que han sido desconocidas por la recurrente, y es precisamente ese descuido y falta de atención -cuanto menos- en la observancia y aplicación de las normas que regulan la actividad de las Agencias de Valores lo que constituye el elemento culpabilístico de la infracción.

En efecto, se han citado las normas de contabilidad que obligan a contabilizar de una determinada manera las acciones procedentes de un canje (por el valor neto contable del bien cedido o por el valor de mercado, si este es menor) y las disposiciones de la LMV que no permiten a las Agencias de Valores conceder préstamos o financiación a clientes para la realización de inversiones, y tales disposiciones son claras, sin que la parte recurrente haya probado -en realidad, ni desarrollado argumentalmente siquiera- que exista una interpretación razonable y razonada alternativa que ampare sus incumplimientos.

Es más, en la segunda de las infracciones a que se refiere la recurrente en el apartado de la falta de culpabilidad (conducta ocasional de concesión ocasional de financiación a clientes), no puede sostenerse con un mínimo de rigor y seriedad que la recurrente tuviera dudas sobre la tipicidad de su conducta, y menos todavía, que existiera una interpretación razonada y

razonable de la norma que amparase tal conducta, cuando resulta que la propia recurrente fue objeto de sanción muy grave por dicha conducta, habiendo ganado firmeza las sanciones impuestas tras la sentencia de esta Sala de 18 de junio de 1998 (recurso 191/1996).

OCTAVO.- La parte recurrente sostiene que la Resolución sancionadora ha inaplicado el principio de proporcionalidad y los criterios de ponderación del artículo 14 de la Ley 26/1988, de 28 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

El artículo 103, letra b) LMV, establece que por la comisión de infracciones graves se impondrá al infractor, entre otras, la sanción de "...multa por importe de hasta el tanto 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 cifras: El 2 por 100 de los recursos propios de la entidad infractora, el 2 por 100 de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 25.000.000 de pesetas...".

En el presente caso se impusieron a la sociedad recurrente, por la comisión de tres infracciones graves de la LMV dos multas de 7.000 euros cada una y otra multa de 5.000 euros (en este caso se impuso al Director General de la Agencia de Valores, dos multas de 3.000 euros y una de 2.000 euros). Si consideramos -entonces- como límite máximo de las multas correspondientes a las infracciones graves la cantidad de 150.253,03 euros, resulta que las multas fueron impuestas en el grado o tercio mínimo, y todavía en la parte inferior dentro de ese grado o tercio mínimo, por lo que no existe ninguna infracción del principio de proporcionalidad".

CUARTO.- Dado que dicha sentencia se refiere a la sanción impuesta a la sociedad anónima se va a analizar si procede sancionar además a las personas físicas que ostentan cargos en el Consejo de Administración.

La resolución recurrida no sanciona ni al Presidente ni al Secretario del Consejo de Administración ya que no son ejecutivos y no tienen responsabilidad en la gestión diaria de la entidad sino sólo al recurrente ya que une a su cargo de Consejero las funciones de Consejero Delegado y Director General de la entidad lo que se considera adecuado al ser tal como indica dicha resolución la persona responsable, como único ejecutivo, de la gestión diaria de la Agencia y del control de su correcto funcionamiento en relación con el cumplimiento de las obligaciones legales que le afectan y por lo tanto responsable en último término de vigilar el cumplimiento de las normas contables. El hecho de que no se aprecie dolo en su conducta no impide que se le pueda imponer una sanción por cuanto es suficiente la existencia de una conducta negligente como de forma reiterada ha establecido esta Sala en relación a la responsabilidad de los miembros del Consejo de Administración en sentencias de 23 de marzo de 1999 (recurso 729/96) hasta otras más recientes, de 30 de junio (recurso 443/04), 14 de julio (recurso 489/04), 3 de noviembre (recurso 504/04) y 7 de diciembre (recurso 577/05), todas del 2006 y asimismo el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de mayo de 2003 que señala que "en cualquier caso, lo cierto es que la imputación a un miembro del Consejo de Administración podrá hacerse, como en este caso, a título de culpa (no de dolo) y ello por no haber adoptado

las medidas a su alcance para evitar la situación que dio lugar a la imposición de la sanción que se recurre".

QUINTO.- 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 (RCL 1998, 1741).

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 Don E.G.Q. contra la resolución del Secretario General Técnico por delegación del Ministro de Economía y Hacienda de 24 de enero de 2005 por la que se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 14 de septiembre de 2004 en la parte que sanciona al recurrente por la comisión de tres infracciones graves de la Ley del Mercado de Valores, que declaramos conforme 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 (RCL 1985, 1578, 2635).

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.