

## SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 14 DE JUNIO DE 2012

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª**

**Recurso nº:** 5/2011  
**Ponente:** D.ª Mercedes Pedraz Calvo  
**Acto Impugnado:** Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 2 de noviembre de 2010  
**Fallo:** Desestimatorio

Madrid, a catorce de junio de dos mil doce.

Visto el recurso contencioso administrativo num. 5/2011 que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido DELFORCA 2008 S.V. S.A. y en su nombre y representación la Procuradora Sra. C.B. frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 2 de noviembre de 2010, relativa a sanción por infracción de la Ley del Mercado de Valores siendo la cuantía del presente recurso 150.000 euros. Ha sido Ponente la Magistrado D.ª Mercedes Pedraz Calvo.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO-** Se interpone recurso contencioso administrativo contra la resolución indicada por medio de escrito presentado el día 10 de enero de 2011.

Por Decreto del Sr. Secretario se acordó la admisión a trámite del recurso y la reclamación del expediente administrativo.

**SEGUNDO-** Recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda. La actora presentó escrito, en el cual, con fundamento en los hechos y fundamentos jurídicos que deja expuestos terminó suplicando la estimación del recurso, y la anulación del acto administrativo impugnado.

**TERCERO-** El Abogado del Estado contestó a la demanda para oponerse a la misma con fundamento en los hechos y alegaciones jurídicas que deja expuestos, solicitando la desestimación del recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado.

**CUARTO-** La Sala dictó auto acordando recibir a prueba el recurso, practicándose la documental a instancias de la actora, con el resultado obrante en autos.

Las partes, por su orden, presentaron sus respectivos escritos de conclusiones para ratificar lo solicitado en los de demanda y contestación a la demanda.

**QUINTO-** La Sala dictó providencia señalando para votación y fallo del recurso la fecha del 12 de junio 2012 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO-** Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo la resolución dictada por la Ministra de Economía y Hacienda el día 2 de noviembre de 2010, con la siguiente parte dispositiva:

*"Imponer a GAESCO BOLSA S.V. S.A. (actualmente DELFORCA 2008 SV SA) por la comisión de una infracción muy grave del art. 99 letra e) bis de la ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores por presentar deficiencias en su organización administrativa y contable y en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de los riesgos, que han puesto en peligro la solvencia y viabilidad de la entidad, una sanción de MULTA por importe de 1501000 euros".*

**SEGUNDO-** Se declaran probados y se dan por reproducidos los hechos que recoge como tales la resolución impugnada y obrante en las pags. 13057 a 13070 del expediente administrativo.

**TERCERO-** Los motivos de impugnación alegados por la recurrente, pueden resumirse como sigue:

- El razonamiento se efectúa por la Administración al revés porque en lugar de establecer qué sistemas organizativos y de control son los que tenía disponibles DELFORCA y en que no coincidían con los exigibles por las normas de aplicación, la CNMV parte del tipo de infracción que se va a entender cometida y se rellena con imputaciones genéricas o inconcretas.

- No se le ha requerido para que establezca un tipo de control concreto, informático o de otro tipo, del que la entidad debiera disponer y careciera o que se reorganizase internamente.

- El único razonamiento sobre normas vulneradas se contiene en el fundamento quinto, que cita el requisito de contar con *"una buena organización administrativa y contable"* o *"sistemas de información y seguimiento de la situación de las diversas clases de riesgos relevantes"* hasta reproducir varias disposiciones de la Circular CNMV 1/1998, normas que la actora alega haber cumplido.

En resumen, considera inmotivada la resolución impugnada.

Alega en segundo lugar que no se ha practicado prueba de cargo, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no bastando a tales efectos la remisión al expediente.

En tercer lugar, sostiene que se ha infringido su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa porque hay hechos relevantes que si están probados y no son tenidos en cuenta por la Orden impugnada. Estos hechos serían el que no se ha perjudicado a ningún cliente de DELFORCA, dejando a un lado el quebranto económico sufrido por la propia empresa, el hecho de que ni siquiera haya existido riesgo para los clientes, la existencia de sistemas de control, el hecho de que estos funcionaran, pues la

Orden considera que eran insuficientes o deficientes. Igualmente considera relevante el hecho de haber solicitado su baja voluntaria como ESI estando totalmente garantizadas las posiciones de los clientes; en conclusión: el perjuicio sufrido por DELFORCA no es indeterminado ni ha sido consecuencia de un defectuoso sistema de control, siendo su causa dos casos aislados y excepcionales, en concreto, el caso Jordi Pont y el caso Colonial.

A continuación alega la vulneración de los principios de legalidad y tipicidad derivados del art. 25.1 CE en relación con el art. 99-e-bis LMV.

A juicio de la actora, tanto las *"deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos"* como las *"deficiencias que pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o de su grupo consolidable"* son conceptos jurídicos indeterminados.

Se alega a continuación la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE por sancionarse por responsabilidad objetiva.

A continuación se alega la falta de motivación al aplicar el segundo elemento del tipo invocado por la resolución pues habría debido justificar la Orden la relación de causalidad entre el riesgo de insolvencia y las deficiencias internas (si hubieran existido) no siendo sancionable un riesgo de insolvencia imputable a la intervención puntual de terceros ajenos a la compañía.

Por último alega la existencia de prejudicialidad penal y la infracción del principio de proporcionalidad.

**CUARTO-** El Abogado del Estado, contestando a la demanda, acepta los hechos expuestos a lo largo de cuarenta y cuatro páginas de escrito de demanda, en cuanto no se aparten, no amplíen o no contradigan los resultantes del expediente administrativo reflejados en la Orden impugnada.

Considera que los hechos constitutivos del tipo por el que se sanciona están acreditados resumiendo los que recoge la Orden y a su juicio son constitutivos de la infracción subrayando que las deficiencias existieron y las reconoce incluso la propia entidad.

En relación con la alegada vulneración de los principios de legalidad y tipicidad, considera que se cumple que el acto está motivado, no existe prejudicialidad penal ni se ha vulnerado el principio de proporcionalidad.

**QUINTO-** En primer lugar es preciso recordar cual es la normativa de aplicación:

- El artículo 99.e) bis de la Ley del Mercado de Valores, que tipifica como infracción muy grave:

*"Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren deficiencias en los procedimientos administrativos y contables en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa,*

*cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca".*

La actora recuerda que el art. 100.c) bis que es infracción grave:

*"Presentar las empresas de servicios de inversión, los grupos consolidables de empresas de servicios de inversión y los conglomerados financieros en que estas se integren, deficiencias en los procedimientos administrativos y contables; en los mecanismos de control interno incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, una vez que haya transcurrido el plazo concedido al efecto para su subsanación por las autoridades competentes y siempre que ello no constituya infracción muy grave".*

La actora inicia su escrito de demanda reconociendo algunos hechos que igualmente son señalados por la Administración en el expediente:

- Tras la ejecución de diversos acuerdos en noviembre de 2008 que supusieron la transmisión de su negocio en mercados organizados, su actividad se limita al mantenimiento de posiciones OTC de clientes residuales en comparación con su actividad previa. La transmisión del negocio ha supuesto también, entre otros la de su red de agentes, y el cese en su condición de miembro o participante en los mercados y cámaras de compensación. Asimismo, ha modificado su denominación social por la de DELFORCA 2008 SV SA.

- La venta de la mayor parte del negocio de DELFORCA se ha llevado a cabo con las necesarias autorizaciones administrativas.

- La empresa pretende liquidar la actividad residual que mantiene como condición necesaria para tramitar su baja en el registro de empresa de servicios o de inversión.

Dedica una gran parte de los fundamentos de hecho a describir los problemas habidos con motivo de una operación de swaps de Inmobiliaria Colonial con los accionistas de esta y con el Banco de Santander con referencia a las cuestiones planteadas en los recursos 681/2009 y 607/2010.

La lectura de la Orden impugnada pone de manifiesto que en la misma se describe lo ocurrido y que es relevante para el enjuiciamiento de los hechos constitutivos de la infracción por la que se sanciona a DELFORCA 2008 SV SA. Cabe destacar que en los meses de septiembre y octubre de 2007 la dirección del Grupo informó a la CNMV de la existencia de un quebranto de importe significativo en GAESCO debido a las deudas no cubiertas registradas en diversas cuentas vinculadas a un cliente como consecuencia de operaciones con productos OTC. Y en diciembre de 2007 se puso de manifiesto un nuevo quebranto debido a importantes posiciones OTC sobre acciones de Inmobiliaria Colonial que tuvieron gran trascendencia en la situación económico-financiera de la Sociedad, afectando seriamente a su viabilidad y a la de su grupo consolidable. La operativa en OTC por GAESCO había comenzado a finales del año 2005 y se había centrado principalmente en forwards sobre acciones y divisas, opciones sobre acciones y divisas, equity swaps (ES) y contracts for difference (CFD). A partir de mayo de 2007 contrató para clientes, en su mayor parte

accionistas de Colonial equity swaps y contracts for difference que llegaron a alcanzar un importe cercano al 10% del capital social de la entidad.

Como consecuencia de los quebrantos referidos la CNMV en cumplimiento de su obligación legal, realizó trabajos de supervisión que pusieron de manifiesto determinadas deficiencias, constitutivas a juicio de la Administración de una infracción muy grave de la LMV por la que se impone sanción.

La actora denuncia la falta de motivación de la resolución impugnada, porque la CNMV parte del tipo infractor y *"rellena el tipo con imputaciones genéricas o inconcretas"*. Por otra parte recuerda que no se le ha efectuado ningún tipo de requerimiento para establecer controles, y que la única cita de normas vulneradas lo es de la Circular CNMV 1/1998 que ha cumplido.

Esta Sala considera que la resolución del Ministerio está motivada: se ha razonado y detallado tanto en el relato de hechos probados como en los fundamentos jurídicos la concurrencia del elemento objetivo de la infracción y la existencia del elemento subjetivo en los sancionados.

En relación con el control de riesgos se señala:

- La unidad de control de GAESCO no venía realizando tareas específicas de control de la operativa en derivados OTC; específicamente no se llevaba a cabo de manera sistemática la valoración de estos productos ni el cálculo de los riesgos asociados ni el cálculo de las garantías a aportar por los clientes. Como consecuencia, cuando los órganos de Administración y la Unidad de Control de GAESCO se preocupan, el volumen de posiciones abiertas era de varios cientos de millones de euros y las cuentas vinculadas al cliente Sr. Pont incurrían en unas pérdidas equivalentes al 60% de los recursos propios de la Sociedad.

Como literalmente recoge la Orden (pág. 13062) *"Tanto las indicaciones de la UC acerca de la necesidad de implantar un sistema automatizado de evaluación y control de riesgos de la operativa OTC en tiempo real como las manifestaciones recogidas en las actas del Consejo de Administración, acreditan la ausencia de controles adecuados a este tipo de operativa, así como el hecho de que la Sociedad desconocía el elevado riesgo al que alguno de sus clientes estaba expuesto- y por consiguiente ella misma- hasta que dicho riesgo ya se había materializado a través de la generación de pérdidas en cartera o reflejadas como saldos deudores en su cuenta corriente....En definitiva, GAESCO no ha contado con capacidad para realizar con carácter periódico la medición y seguimiento de todos sus riesgos, ni de valorar sus posiciones a precio de mercado ni de conciliarlas con la información facilitada por las contrapartes; tampoco tenía establecido un sistema de medición y control de riesgos en base a la calidad crediticia de la contraparte, las tasas de recuperación esperadas y la exposición actualizada y potencial al riesgo, ni procedimientos adecuados para el control y seguimiento de límites de financiación y de saldos deudores de clientes"*.

Expone la CNMV que sus trabajos de supervisión han puesto de manifiesto deficiencias significativas en la valoración de las posiciones de clientes, detalladas en la pág. 13068 del expediente, y que revelan la ausencia de controles y filtros automáticos. Se ha demostrado

en el expediente que como consecuencia de la ausencia de controles que detectaran que la valoración de posiciones se llevaba a cabo de manera automática, y dado que se limitaban a revisar la valoración agregada de las carteras de los clientes sin tener en consideración el riesgo de mercado de las mismas, no pudo cuantificar el riesgo abierto a los clientes ni anticipar lo que luego ocurrió. Así no hubo alerta del riesgo que suponía contratar OTC por importe superior en 25 veces a sus recursos propios, asumió riesgos frente a una sola persona muy superiores a los límites de grandes riesgos que permite la normativa de aplicación, e incluso, como detectó la CNMV un solo cliente, en el año 2008 provocó un resultado de pérdida superior a 800.000 euros.

Como pone de relieve el Abogado del Estado aún cuando se detectaron las irregularidades, *"ninguna medida se adoptó por la sociedad ni existían controles para evitar estos excesos"*.

Se dan por reproducidos los detalles que recoge la Administración en relación con el control de la operativa en el SIBE, tanto la operativa por cuenta propia como la operativa de clientes.

La Orden directamente analiza las alegaciones que fueron formuladas en vía administrativa con un contenido similar a las presentadas en esta vía jurisdiccional: los quebrantos producidos son culpa de acciones de terceros, superados los eficaces sistemas de control interno de la entidad.

No se discute por la recurrente la obligación impuesta por la Ley a las Empresas de Servicios de Inversión de cumplir la obligación de contar con una buena organización administrativa y contable, así como con medios humanos y técnicos adecuados según su programa de actividad (texto LMV anterior al 20-XII-2007) y de contar igualmente con procedimientos de control interno y de seguridad en el ámbito informático que garanticen la gestión sana y prudente de la entidad (R.D. 867(2001)

Se ha constatado que los mecanismos de control que tenía la sociedad no permitían medir, efectuar el seguimiento y control periódico sistemático y automatizado de los riesgos que ocasionaba la operativa OTC, y así solo cuando se había consumado la consecuencia de enormes pérdidas se constató el elevado riesgo a que se habían expuesto algunos clientes. Así se reitera que no se imputa ni se sanciona por ausencia total de controles, sino por la insuficiencia e inadecuación de los existentes, precisamente porque estaban concebidos para un tipo de negocio que no tiene los riesgos que sí presentan las OTCs. Los propios informes encargados por la empresa lo ponen reiteradamente de manifiesto, y así se detalla en la Orden impugnada (folios 13080 y 13081 entre otros).

En relación con la operativa en el SIBE se han constatado deficiencias en la comprobación del límite a la operativa por cuenta propia por la Unidad de Control que exige la norma 4.3 de la Circular 1/1998, y que el carácter manual del control de la operativa intradía permitía errores significativos en la apreciación del riesgo.

La estructura organizativa igualmente revela la concentración de tareas en el Presidente y Consejero Delegado con infracción de las normas 4.1, 8.1 y 8.3 de la referida Circular 1/1998.

Por todas estas razones considera la Sala igualmente conforme a derecho la tipificación como infracción muy grave, y no como grave, dentro de la clasificación que realiza la LMV en los arts. 99. e.bis y 100.c.bis respectivamente.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

A continuación se alega la falta de motivación al aplicar el segundo elemento del tipo invocado por la resolución pues habría debido justificar la Orden la relación de causalidad entre el riesgo de insolvencia y las deficiencias internas (si hubieran existido) no siendo sancionable un riesgo de insolvencia imputable a la intervención puntual de terceros ajenos a la compañía.

Este motivo de recurso no puede prosperar.

De cuanto se ha razonado resulta que como consecuencia de las deficiencias habidas en su organización administrativa y contable y en los procedimientos de control interno, han resultado consecuencias desastrosas para la sociedad: pérdidas en el año 2007 por importe de 60,2 millones de euros y en el año 2008 incumplimiento del coeficiente de recursos propios y la necesidad de enajenar la mayor parte de su negocio, la rama de actividad de mercados organizados, y en definitiva, como igualmente recuerda la Administración, a finales de 2008 se constata una clara incertidumbre sobre el futuro de la entidad.

**SEXTO-** Alega la actora que no se ha practicado prueba de cargo, con vulneración del derecho a la presunción de inocencia, no bastando a tales efectos la remisión al expediente.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia se resume en la sentencia 172/2005, de 20 de junio, en los siguientes términos:

*«Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho –se continúa afirmando la mencionada Sentencia– que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio*

*suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).>>*

La Administración ha razonado los hechos que considera constitutivos de la infracción, todos los cuales constan en diferente documentación que obra en el expediente, con lo que se ha cumplido con la obligación jurídico-constitucional de acreditar el elemento objetivo y subjetivo de la infracción. Y tal documentación no ha sido impugnada por la recurrente, salvo para entender que se ha valorado mal lo que resulta de la misma, por las razones que se analizaron en el fundamento jurídico anterior.

En tercer lugar, sostiene que se ha infringido su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa porque hay hechos relevantes que si están probados y no son tenidos en cuenta por la Orden impugnada. No cualquier hecho es relevante para valorar cualquier infracción: en efecto, el texto legal lo que exige es que las deficiencias que describe *"pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca"* y desde luego la propia actora reconoce *"el quebranto económico sufrido por la propia empresa"*.

Es preciso tener en cuenta cual es la finalidad de la normativa del Mercado de Valores: defensa de la transparencia del mercado de valores, y asegurar la máxima protección de los inversores.

**SEPTIMO-** La actora considera que se han vulnerado por la Administración los principios de legalidad y tipicidad derivados del art. 25.1 CE en relación con el art. 99-e-bis LMV porque tanto las *"deficiencias en la organización administrativa y contable o en los procedimientos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos"* como las *"deficiencias que pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o de su grupo consolidable"* son conceptos jurídicos indeterminados.

El Tribunal Supremo en la sentencia de 27 de junio de 2006 dictada en el recurso de casación 10089/2003 recuerda cual es la doctrina del Tribunal Constitucional sobre el significado garantista del principio de legalidad sancionadora en su vertiente formal y material, expuesto en la STC 242/2005 de 10 de octubre:

*«El análisis de si se han respetado las garantías formal y material del derecho a la legalidad sancionadora debe comenzar recordando la ya consolidada doctrina de este Tribunal sobre el particular, en la que se ha reiterado que el art. 25.1 CE incorpora la regla nullum crimen nulla poena sine lege, que es de aplicación al ordenamiento sancionador administrativo y que comprende tanto una garantía formal como material. Si bien la garantía formal aparece derivada de la exigencia de reserva de Ley en materia sancionadora, sin embargo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley. Por tanto, la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los*

*elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento sólo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley (por todas, SSTC 161/2003, de 15 de septiembre, F. 2, o 26/2005, de 14 de febrero, F. 3).*

*La garantía material, por su parte, aparece derivada del mandato de taxatividad o de lex certa y se concreta en la exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, que hace recaer sobre el legislador el deber de configurarlas en las Leyes sancionadoras con la mayor precisión posible para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo proscrito y prever, así, las consecuencias de sus acciones. Por tanto, la garantía material implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador (por todas, SSTC 100/2003, de 2 de junio, F. 2, y 26/2005, de 14 de febrero, F. 3).».*

El Alto Tribunal en la sentencia dictada el doce de Marzo de mil novecientos noventa y nueve en materia de mercado de valores, examina una alegación de infracción del principio de legalidad en cuanto a la valoración de los tipos sancionadores en los siguientes términos:

*"En la cuestión examinada, la aplicación de las sanciones que se imponen al recurrente aparecen claramente delimitadas por la aplicación de los tipos previstos en la Ley 24/1988, de 28 de julio, en especial la configuración de infracción muy grave, en el artículo 99, en particular en el apartado e) por carecer las Sociedades citadas, en el artículo 86, de la Contabilidad y Registros exigidos o llevarlos con vicios o irregularidades esenciales que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad y las operaciones que ejecuten o en las que medien y el apartado s) del mismo artículo 99, que implica la realización de actos fraudulentos o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas con la finalidad de conseguir un resultado cuya actuación directa implicaría la comisión de una infracción grave, así como la intervención o realización de operaciones sobre valores que implique simulación de transferencias de la titularidad de las mismas aunque, en este punto, la sanción definitiva quede condicionada a la sentencia penal.*

*Las consecuencias jurídicas, en cuanto al ámbito sancionador, vienen especificadas en el artículo 102, que impone por la comisión de infracciones muy graves al infractor multas que llegan hasta cinco millones de pesetas (tres millones es la cuantía de la multa impuesta al recurrente) y sanción de separación del cargo con inhabilitación para ejercer cargos de Administración y Dirección en cualquier otra entidad financiera de la misma naturaleza por plazo no superior a diez años, lo que pone de manifiesto que no estamos ante preceptos en los cuales se quebrante la legalidad, por cuanto que, como ya afirmó el Tribunal Constitucional en las sentencias 69/89, 116/93 y reitera en la 306/94, la utilización de conceptos por parte de las leyes sancionadoras es posible siempre que la concreción del concepto sea razonablemente factible, en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permiten prever con suficiente seguridad la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de infracción, extremo que se produce en la*

*cuestión examinada, por lo que desde este primer punto de vista, tampoco resulta quebrantado el principio de legalidad.*

*OCTAVO.- A mayor abundamiento, interesa analizar, desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional, el principio de reserva de ley en materia sancionadora, que se puede concretar en los siguientes puntos:*

*1º) El artículo 25.1 de la Constitución establece dos garantías: a) la primera, de orden material y alcance absoluto, por lo que se refiere al ámbito penal y a las sanciones administrativas, reflejando el principio de seguridad jurídica en los ámbitos limitativos de la libertad individual, exigiendo la predeterminación normativa de conductas ilícitas y sanciones correspondientes; b) la segunda garantía que establece el artículo 25.1 tiene carácter formal y se refiere al rango necesario de las normas tipificadoras de las conductas, pues el término legislación vigente contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, es expresivo de una reserva de ley en materia sancionadora, criterio que ha sido examinado por reiterada jurisprudencia constitucional (sentencias, entre otras, 8/81, 159/86, 2/87, 42/87, 133/87, 3/88, 101/88, 29/89, 69/89, 150/89, 219/89 y 61/90) que ponen de manifiesto que el principio de legalidad sancionadora constituye un verdadero derecho subjetivo de carácter fundamental, que, en sentido material, supone una concreción del principio de seguridad jurídica y, en sentido formal, exige el rango formal de ley, lo que se aplica en las relaciones de supremacía general y en las relaciones de supremacía especial, como ha reconocido la sentencia constitucional 61/90.*

*2º) Respecto de las normas preconstitucionales, la exigencia de reserva de ley no es retroactiva, al no ser el principio de legalidad exigible antes de la vigencia de la Constitución y respecto de las normas reglamentarias dictadas tras la Constitución y que tengan su cobertura en las anteriores, hay que distinguir dos supuestos: a) Por un lado, que el Reglamento postconstitucional tipifique nuevas infracciones e introduzca nuevas sanciones o altere el cuadro de las existentes, con lo cual se contravendría el artículo 25.1 de la Constitución o b) se limite a aplicar el Derecho preestablecido, al objeto particularizado de su propia regulación material, en cuyo caso, no hay una remisión innovadora, sino una mera reiteración.*

*3º) El alcance, en suma, del principio de reserva de ley establecido en el artículo 25.1 de la Constitución no puede ser tan estricto en relación con la regulación de las infracciones y sanciones, como con referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, bien por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas, bien por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias o, por último, por exigencias de prudencia y oportunidad que pueden variar en los distintos ámbitos de la ordenación territorial o por razones materiales, puesto que aquel precepto determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal, como han tenido ocasión de reiterar las sentencias constitucionales 77/83, 87/85 y 2/87, entre otras.*

*4º) La sentencia constitucional 101/88 establece dos aspectos fundamentales: a) No es posible exigir la reserva de ley de manera retroactiva para anular disposiciones reguladoras de materias y situaciones respecto de las cuales tal reserva no existía de acuerdo con el derecho anterior a la Constitución, como ya reconoció la precedente sentencia*

*constitucional 11/81 y b) Tampoco cabe ignorar que el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley, no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada, como reconoció la sentencia constitucional 15/1981.*

*5º) Finalmente, la sentencia constitucional núm. 29/89, de 6 de febrero, no hace sino ya reiterar la doctrina expuesta por el Tribunal en las sentencias constitucionales 42/87 y 101/88, según las cuales son nulas las normas reglamentarias postconstitucionales que se aprueben en virtud de habilitaciones que hayan de entenderse derogadas por la Constitución, siempre que aquellas normas innoven el sistema de infracciones y sanciones preestablecido, pues, en caso contrario, no puede decirse que se hayan servido de una remisión normativa ya caducada.*

*.....Del análisis precedente se infiere que con arreglo a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional la normativa sancionadora resulta constitucionalmente lícita cuando es la ley la que ha de servir de cobertura y quedan suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta antijurídica y la naturaleza y límites de las sanciones a imponer, como reconoció la jurisprudencia constitucional en precedentes sentencias, algunas de las cuales han sido invocadas, como las STC núms. 77/83, 83/84 y 3/88."*

En este caso, se trata de comprobar si la utilización de los conceptos que hace el precepto aplicado lo es en relación con conceptos cuya concreción es razonablemente factible con base en criterios lógicos, técnicos o de experiencia que permitan establecer con suficiente seguridad lo que constituye el núcleo de la infracción: deficiencias en los procedimientos administrativos y contables en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca.

De las Circulares de la CNMV, especialmente la Circular 1/1998 que regula los sistemas internos de control seguimiento y evaluación continuada de riesgos resulta, a juicio de esta Sala, una concreción suficiente de las obligaciones relativas a medios organizativos, sistemas de control y medición de medios, revisión del sistema de seguimiento y control de riesgos, etc. Igualmente la Circular 5/1990 sobre normas contables, modelos reservados y públicos de los estados financieros cuentas anuales de carácter público de las sociedades y agencias de valores. Se cumplen así en este caso las previsiones establecidas por el Tribunal Constitucional para concluir que en contra de lo denunciado por la actora no se infringen los principios constitucionales de legalidad y tipicidad.

La Sala no aprecia la denunciada infracción de los principios de tipicidad y legalidad.

**OCTAVO-** El siguiente motivo de impugnación se fundamenta en la vulneración del derecho a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 CE por sancionarse por responsabilidad objetiva.

La doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia se resume en la sentencia 172/2005, de 20 de junio, en los siguientes términos:

*“Por lo que se refiere en concreto al derecho a la presunción de inocencia este Tribunal ha declarado que la presunción de inocencia sólo se destruye cuando un Tribunal independiente, imparcial y establecido por la Ley declara la culpabilidad de una persona tras un proceso celebrado con todas las garantías (art. 6.1 y 2 del Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales), al cual se aporte una suficiente prueba de cargo, de suerte que la presunción de inocencia es un principio esencial en materia de procedimiento que opera también en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4, por todas). En la citada STC 120/1994 añadíamos que «entre las múltiples facetas de ese concepto poliédrico en que consiste la presunción de inocencia hay una, procesal, que consiste en desplazar el onus probandi con otros efectos añadidos». En tal sentido ya hemos dicho –se continúa afirmando la mencionada Sentencia– que la presunción de inocencia comporta en el orden penal stricto sensu cuatro exigencias, de las cuales sólo dos, la primera y la última, son útiles aquí y ahora, con las necesarias adaptaciones mutatis mutandis por la distinta titularidad de la potestad sancionadora. Efectivamente, en ella la carga de probar los hechos constitutivos de cada infracción corresponde ineludiblemente a la Administración pública actuante, sin que sea exigible al inculpado una probatio diabólica de los hechos negativos. Por otra parte la valoración conjunta de la prueba practicada es una potestad exclusiva del juzgador, que éste ejerce libremente con la sola carga de razonar el resultado de dicha operación. En definitiva, la existencia de un acervo probatorio suficiente, cuyas piezas particulares han de ser obtenidas sin el deterioro de los derechos fundamentales del inculpado y de su libre valoración por el Juez, son las ideas básicas para salvaguardar esa presunción constitucional y están explícitas o latentes en la copiosa doctrina de este Tribunal al respecto (SSTC 120/1994, de 25 de abril, F. 2; 45/1997, de 11 de marzo, F. 4).”*

Es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo según la cual, puesto que los principios de Derecho Penal son de aplicación, con matizaciones, al Derecho Administrativo Sancionador, queda fuera de toda duda la necesidad de concurrencia del elemento subjetivo de la infracción, bien en su manifestación de dolo o intencionalidad, o culpa o negligencia, pero en cualquier caso, no es posible la imputación del resultado desde principios de responsabilidad objetiva.

Tanto en el ámbito penal como en el administrativo sancionador, es posible la exigencia de responsabilidad tanto por una acción en sentido estricto, como por la inactividad del sujeto, en este último caso cuando el ordenamiento jurídico le impone una actuación positiva y especialmente, cuando lo sitúa en posición de garante, bien entendido que también esa conducta omisiva requiere la concurrencia del elemento subjetivo, intencional o negligente.

La conclusión es que los administradores tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar una ordenada gestión societaria y los medios jurídicos para realizar su función, siendo responsables del resultado de la misma, excepto que resulte acreditado que emplearon todos los instrumentos jurídicos a su alcance para conocer y corregir la situación prohibida por la Ley.

La sentencia del Tribunal Constitucional de 19 de diciembre de 1991, recurso de amparo 246/1991 estableció en relación con la comisión de infracciones por las personas jurídicas lo siguiente:

*"Todo ello, sin embargo no impide que nuestro Derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma".*

En este caso, es la actora quién ha infringido la Ley del Mercado de Valores, y es quién asume el riesgo junto a la persona física que ejerce los cargos de responsabilidad en la toma de decisiones. Se dan por expresamente reproducidos los argumentos que sobre esta cuestión recoge el acto administrativo impugnado.

**NOVENO-** Como último motivo de recurso se alega la prejudicialidad penal, con fundamento en la negativa de la Administración a suspender el procedimiento *"mientras se fijan los hechos sometidos a otros procedimientos judiciales en especial penales"* que justificarían la imputabilidad de los perjuicios sufridos por DELFORCA no a sus sistemas de control sino a la actuación de terceras personas. La actora alega que ella no sostuvo tal motivo de recurso con base en el ne bis in ídem sino en el art. 137.2 de la ley 30/1992 y en el art. 7.3 del Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

El art. 137 pfo. 2 establece que *"Los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien"*.

El Art. 7 del RD 1398/1993, de 4 de agosto, únicamente prevé la suspensión del procedimiento administrativo cuando se verifique la existencia efectiva y real de un procedimiento penal, si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento de derecho entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder. Es decir, la mera existencia de unas diligencias ante uno o varios Juzgados, iniciadas por la ahora recurrente, no determinan automáticamente la suspensión de un procedimiento administrativo sancionador incoado contra ella por hechos diferentes a los que son objeto de las denuncias o querellas tramitadas ante la jurisdicción penal.

La Administración ha analizado correctamente que a los efectos de valorar si concurren *"deficiencias en los procedimientos administrativos y contables en los mecanismos de control interno, incluidos los relativos a la gestión de riesgos; o en su estructura organizativa, cuando tales deficiencias pongan en peligro la solvencia o la viabilidad de la entidad o la del grupo consolidable o conglomerado financiero a que pertenezca"* ninguna trascendencia tiene el hecho de que la recurrente haya presentado denuncias o querellas

en Juzgados penales por estafa o por manipulación de precios de una sociedad cotizada, o que se examine la conducta del Sr. G. por si fuera constitutiva de un delito societario de administración desleal.

La triple identidad que exige el art. 7 del RD 1398/1993 es precisamente la que hay que examinar para comprobar si ha tenido lugar la vulneración del principio ne bis in ídem, por lo que el análisis que al efecto realiza la Orden impugnada es conforme a derecho.

La infracción del principio de proporcionalidad se vincula por la recurrente a la inexistencia de la infracción, que como se ha venido razonando no es tal, pues del conjunto de la documentación obrante en el expediente administrativo resulta acreditada así como la responsabilidad de la actora.

De cuanto queda expuesto resulta la desestimación del presente recurso y la confirmación del acto administrativo impugnado por su conformidad a derecho.

**DECIMO-** 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 Contenciosa Administrativa.

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

## **FALLAMOS**

Que debemos DESESTIMAR Y DESESTIMAMOS el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de DELFORCA 2008 SV SA contra la Resolución dictada el día 2 de noviembre de 2010 por la Ministra de Economía y Hacienda descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual confirmamos por ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Notifíquese a las partes esta sentencia, dando cumplimiento a lo dispuesto en el art. 248 pfo. 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.