

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 25 DE MAYO DE 2010¹

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº 398/09
Ponente: Doña Mercedes Pedraz Calvo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 2009 que confirma en reposición otra de 18 de julio de 2008
Fallo: Estimatorio

¹ Anulada en casación por Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de octubre de 2013.

Madrid, a veinticinco de mayo de dos mil diez.

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 398/09, se tramita a instancia de "Banco BVA" representado por la Procuradora Sra. P.Q., contra Orden del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 6 de mayo de 2009 dictada a propuesta de la Comisión Nacional del Mercado de Valores en materia de infracción de la ley del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, siendo la cuantía del mismo dos millones de euros. Ha sido Ponente la Magistrado D^a Mercedes Pedraz Calvo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO- La recurrente indicada interpuso recurso contencioso-administrativo ante esta Sala contra la Resolución de referencia. La Sala dictó Providencia acordando tener por interpuesto el recurso, ordenando la reclamación del expediente administrativo y la publicación de los correspondientes anuncios en el BOE.

SEGUNDO- En el momento procesal oportuno la parte actora formalizó la demanda mediante escrito en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de rigor, terminó suplicando se dicte sentencia por la que anule la resolución impugnada, y la de fecha 18 de julio de 2008 que la recurrida confirma en reposición. Subsidiariamente *"se declare la invalidez de las mismas y la consiguiente reducción de la sanción a imponer a "Banco BVA" a su mínima expresión consistente en amonestación"*.

TERCERO- El Abogado del Estado presentó escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a sus pretensiones, y solicitando, con fundamento en los hechos y razonamientos jurídicos que dejó expuestos la desestimación del recurso.

CUARTO- Las partes, por su orden presentaron sus respectivos escritos de conclusiones, para ratificar, respectivamente, 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 18 de mayo de 2010 en que se deliberó y votó habiéndose observado en su tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO- Es objeto de impugnación en el presente recurso contencioso-administrativo:

- La Orden del Ministro de Economía y Hacienda de fecha 6 de mayo de 2009 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por "Banco BVA" hoy actor contra la Orden de fecha 18 de julio de 2008 por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a dicha entidad por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 22 de mayo de 2002.

La Orden de 18-VII-08 tiene la siguiente parte dispositiva:

"Imponer a "Banco BVA" como por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra Ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, por la remisión entre los ejercicios 1996 a 2000 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de información de carácter financiero y contable (Cuenta Anuales, información pública periódica –trimestral y semestral- y folletos explicativos conteniendo datos inexactos, no veraces y con omisión de aspectos relevantes, en relación con un patrimonio final por importe de 37.343 millones de pesetas no registrado contablemente MULTA por importe de 2.000.000 de euros (DOS MILLONES DE EUROS)."

SEGUNDO- Los motivos de impugnación alegados por la recurrente pueden resumirse como sigue:

- Vulneración del principio non bis in ídem por no respetar los hechos declarados probados mediante resoluciones judiciales firmes.
- Falta de tipicidad de los hechos.
- Vulneración del principio non bis in ídem en relación con la Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 18 de julio de 2008.
- Prescripción de la infracción
- Vulneración del principio de personalidad de las sanciones, del principio de igualdad en la aplicación de la ley, la doctrina de los actos propios y los principios de buena fe y confianza legítima.

TERCERO- La Orden confirmada en reposición recoge como antecedentes de la misma, resumidamente los siguientes:

El día 22 de marzo de 2002 "Banco BVA" comunica a la CNMV que el Banco de España le ha iniciado un expediente sancionador sobre los hechos basado en la existencia de fondos no reflejados en la contabilidad del Banco hasta el año 2000 procedentes en su mayoría de plusvalías obtenidas en la venta de acciones del Banco V y de "A."

El día 22 de mayo de 2002 se acuerda la apertura de expediente sancionador y dar traslado a la Audiencia Nacional.

El día 27 de mayo de 2002 se le notifica a la expedientada el anterior acuerdo.

El día 29 de mayo de 2002 dictan providencia acordando recabar de la Audiencia Nacional información a los efectos de la eventual suspensión del procedimiento.

El día 17 de junio siguiente el Juzgado devuelve la providencia a fin de que se cumplimente en forma, lo que se lleva a cabo el día 18 de junio de 2002.

El Juzgado no respondió por lo que el instructor del expediente administrativo le recuerda la situación del expediente el 22 de octubre de 2002 y es el 31 de octubre de 2002 que el Juzgado contesta poniendo de manifiesto que existe una posible identidad de sujeto, hecho y fundamentos del procedimiento judicial y el expediente administrativo.

Esta providencia se recibe en la CNMV el día 5 de noviembre siguiente, y el día 30 de diciembre siguiente se acuerda suspender el procedimiento.

El día 12 de junio de 2007 se recibe oficio del Juzgado Central de lo Penal de la A.N. adjuntando testimonio de resoluciones judiciales, una de fecha 12 de marzo de 2007 decretando la nulidad y archivo de la causa seguida contra varios ex-administradores y directivos del "Banco BVA" por no concurrir el requisito del art. 296.2 del C. Penal en relación con el art. 290 del mismo. Resolución confirmada por auto de 7 de mayo de 2007 de la Sala de lo Penal de la A.N.

El día 11 de julio de 2007 se levanta la suspensión.

El día 25 de julio de 2007 se formula el pliego de cargos con plazo para alegaciones.

El día 30 de agosto siguiente se presenta el escrito de alegaciones.

Por diligencia de 8 de noviembre de 2007 se acuerda la unión de documentos

El día 27 de diciembre de 2007 se presentan por el "Banco BVA" alegaciones complementarias al pliego de cargos.

El día 23 de enero de 2008 se formula propuesta de resolución con plazo para alegaciones y puesta de manifiesto del expediente.

El día 26 de febrero de 2008 se presenta el escrito de alegaciones.

El día 12 de marzo de 2008 se remite la propuesta y el expediente al Consejo de la CNMV que recaba informes al Banco de España entre otros, suspendiendo el trámite a tales efectos, suspensión que se levantó el día 4 de junio de 2008.

El día 18 de julio de 2008 se dicta la Orden origen de este recurso.

CUARTO- Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por la resolución de 18 de julio de 2008 que no son impugnados por la parte actora, señalando (folio 17 del escrito de demanda) literalmente:

"Todas las actuaciones de nuestra representada tanto en vía administrativa como judicial h a estado dirigida a mitigar los efectos de los hechos objeto del expediente y a preservar los derechos e intereses de sus accionistas e inversores", si bien a continuación recoge otros hechos que "han de ser considerados probados y resultan determinantes para la adecuada valoración de las resoluciones recurridas que los ignoraron o recogieron solo parcialmente".

Los hechos que la parte actora pretende incorporar como probados, son resumidamente los siguientes:

- Que detectó los hechos y los puso en conocimiento del Banco de España. Este extremo es recogido por la Administración expresamente si no como "Hecho probado" si como Antecedente primero. Los extremos concretos que se recogen en el escrito de demanda, aparecen recogidos en la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo de 14 de noviembre de 2006 como antecedentes:

"En septiembre del 2000, el Sr. Y. comentó al Sr. G. que había unas cuentas extracontables del anterior Banco BV en el extranjero, indicándole que su importe ascendía a varios miles; ante tal noticia, el Sr. G. exigió al Sr. Y. que ese dinero se reintegrara y constara en la contabilidad del banco; el 28 de diciembre del mismo año, tuvo lugar otra reunión entre ambos copresidentes en el que el Sr. G. vuelve a exigir al Sr. Y. la contabilización del dinero que el Banco B.V. tenía en el extranjero, esta nueva entrevista dio lugar a que el Sr. Y. comunicara a los acusados U. y C. y al resto de los Consejeros beneficiarios la necesidad de devolver los fondos ingresados en ALICO que se contabilizaron el 31 de diciembre de 2000; a tal fin, los Sres. C. y M. viajaron a primeros de enero de 2001 a Nueva York donde conforme a las instrucciones de cancelación que habían firmado los respectivos beneficiarios de cada una de las pólizas solicitaron la devolución de las sumas invertidas, lo que se llevó a cabo a través de una transferencia realizada el 9 de febrero de 2001, a través del Trust 750 en el que figuraban como apoderados mancomunados los acusados Sres. B. y M.

El 19 de enero de 2001 los Sres. Y. y G. acudieron al Banco de España donde el Sr. Y. puso en conocimiento del Gobernador del Banco de España la existencia de fondos del Banco BV no contabilizados, lo que motivó incoación del oportuno expediente por parte del Banco de España; más tarde el 25 de septiembre de 2001 los Sres. Y. y G. acompañados de un Consejero del "Banco BVA", tuvieron otra reunión con el Gobernador y Subgobernador del Banco de España que tenía por objeto aportar el informe elaborado por la Comisión de Control del Banco, reunión en la que por primera vez el Sr. Ybarra habló de los contratos con ALICO".

El "Banco BVA" que no ha efectuado reclamación alguna en el presente procedimiento".

La demanda continúa recogiendo una serie de consideraciones relativas a:

- Los esfuerzos del "Banco BVA" para esclarecer los hechos colaborando con las autoridades administrativas y judiciales. Ello con cita de un informe de los servicios del Banco de España donde se realizan citas del origen de los ingresos "sobre la base de la documentación suministrada por "Banco BVA"" señalando que se acreditó en el expediente tanto ante el Banco de España como ante la CNMV la colaboración del Banco. La propia resolución de la CNMV recogiendo idénticas alegaciones en su pág. 15 señala que se debe dar por probado que fue la propia entidad la que propició la reintegración de los fondos al patrimonio del Banco y su contabilización en el ejercicio 2000, que comunicó al Banco de España en enero de 2001 los aspectos generales de los hechos acontecidos y comunicó el inicio del expediente sancionador a la CNMV. Ahora bien: estos hechos deben valorarse en su momento en relación no con los elementos objetivos del tipo sancionador sino con el elemento subjetivo de la infracción.

- La regularización llevada a cabo por "Banco BVA" fue adecuadamente realizada sin afectar a la imagen fiel del patrimonio la situación financiera y los resultados de la entidad, de modo que no se causó perjuicio patrimonial alguno ni al "Banco BVA" ni a sus accionistas ni a terceros o clientes. Ello con cita de un fundamento jurídico de un auto del Juzgado de lo Penal en relación con la legitimación del Ministerio Fiscal. Esta Sala considera que no puede entenderse probada tal conclusión sobre tal base, no pudiendo extenderse el razonamiento sobre la perseguibilidad del delito a los hechos probados del mismo o de una posible infracción administrativa. Y en tal sentido abunda la cita que recoge la CNMV: *"conviene señalar que el requisito de procedibilidad es precisamente establecido por el Poder legislativo por las razones que tiene por conveniente en materia que le es tan propia y exclusiva como determinar la política a seguir para cada tipo o género de actividades delictivas, es decir, cuales sean estas, como se sancionan y en determinados supuestos como el presente, cuales sean los requisitos previos para perseguirlas. Y es evidente que ha acentuado en la perseguibilidad de determinados delitos en este caso los delitos societarios, el principio de intervención mínima del derecho penal considerando salvo dos excepciones 8que no se dan en el caso) que solo la denuncia del agraviado puede poner en marcha el mecanismo represivo penal del Estado, sin perjuicio claro está de que éste actúe mediante los órganos administrativos competentes".*

- En los ejercicios en que los activos no se estuvieron contabilizados no se produjo ningún perjuicio ni al "Banco BVA" ni a sus accionistas ni a terceros o clientes, ni para el mercado o la economía nacional. Ello con base en el mismo fundamento jurídico tercero párrafo tercero del auto del Juzgado de lo Penal de la A.N y a los dictámenes que presentó en aquellas actuaciones. Apreciación que debe ser rechazada con el mismo fundamento expuesto en relación con la anterior.

- Los hechos los llevaron a cabo un grupo de administradores, al margen de las estructuras administrativas y de control del Banco *"circunstancia absolutamente fundamental entendemos que debió ser reflejada específicamente como hecho probado en la Orden y desde luego debió valorarse al dictar la misma"* (Pág. 34 del escrito de demanda). Ello con fundamento en la contradictoria apreciación de que la Orden lo reconoce pero al tiempo no lo tiene en cuenta igualmente.

- Han tenido lugar dos expedientes administrativos sancionadores y dos resoluciones, una de la CNMV y otra del Banco de España. Este hecho es cierto, pero en modo alguno pudo recogerse como hecho probado, dado que la resolución del expediente del Banco de España es de la misma fecha.

QUINTO- En primer lugar, y antes de entrar a examinar los motivos de impugnación alegados en el recurso, es preciso recordar que los preceptos por los que se sanciona a la actora tienen el siguiente contenido.

El art. 99 letra ñ) de la LMV 24/1988 establece:

"Constituyen infracciones muy graves de las personas físicas y jurídicas a las que se refiere el artículo 95 de esta Ley los siguientes actos u omisiones:

ñ. El incumplimiento, por parte de los emisores de valores, de la obligación establecida en el artículo 82 cuando de ello se derive un perjuicio grave para el mercado, 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.”

El art. 35 de la LMV en la redacción dada por la Ley 4/1990, refuerza la obligación de información. Este precepto señala que las entidades emisoras de valores deben hacer público con carácter trimestral un avance de sus resultados u otras informaciones relevantes, para en todo caso, con carácter semestral, hacer públicos sus estados financieros completos, con un detalle similar a los requeridos para sus estados anuales. [...]

El contenido de las informaciones trimestrales y semestrales a las que se refiere este artículo fue determinado por la O.M. de 18 de enero de 1991 y por la Circular de la CNMV 3/1994 modificada por la 2/2002 y la 1/2005.

Por su parte, el artículo 290 del Código Penal tiene el siguiente tenor literal:

“Artículo 290.

“Los administradores, de hecho o de derecho, de una sociedad constituida o en formación, que falsearen las cuentas anuales u otros documentos que deban reflejar la situación jurídica o económica de la entidad, de forma idónea para causar un perjuicio económico a la misma, a alguno de sus socios, o a un tercero, serán castigados con la pena de prisión de uno a tres años y multa de seis a doce meses.

Si se llegare a causar el perjuicio económico se impondrán las penas en su mitad superior.”

Y el artículo 82 de la LMV tiene este contenido:

“Artículo 82. Consideración de información relevante, obligados a difundirla y publicidad.

1. Se considerará información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario.

2. Los emisores de valores están obligados a hacer pública y difundir, en los términos que reglamentariamente se establezcan, inmediatamente al mercado toda información relevante. Asimismo remitirán a la Comisión Nacional del Mercado de Valores esa información para su incorporación al registro oficial regulado en el artículo 92 de esta Ley.

3. La comunicación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores deberá hacerse simultáneamente a su difusión por cualquier otro medio y tan pronto como sea conocido el hecho, se haya adoptado la decisión o firmado el acuerdo o contrato con terceros de que se trate. El contenido de la comunicación deberá ser veraz, claro, completo y, cuando así lo exija la naturaleza de la información, cuantificado, de manera que no induzca a confusión o engaño. Los emisores de valores difundirán también esta información en sus páginas de internet. No obstante, cuando la información relevante pueda perturbar el normal desarrollo de las operaciones sobre los valores del emisor o poner en peligro la protección de los inversores, el emisor deberá comunicar la información relevante, con carácter previo a su

publicación, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que la difundirá inmediatamente.

4. Un emisor podrá, bajo su propia responsabilidad retrasar la publicación y difusión de la información relevante cuando considere que la información perjudica sus intereses legítimos, siempre que tal omisión no sea susceptible de confundir al público y que el emisor pueda garantizar la confidencialidad de dicha información. El emisor informará inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

5. Se faculta al Ministro de Economía y Hacienda y, con su habilitación expresa, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, para desarrollar, respecto a las obligaciones establecidas en el presente artículo, los procedimientos y formas de efectuar las comunicaciones anteriores, determinar el plazo durante el cual se publicará en las páginas de Internet de los emisores la información relevante, así como para precisar los demás extremos a los que éste se refiere."

SEXTO- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente se fundamenta en que se ha vulnerado el principio non bis in ídem garantizado por el art. 25 de la Constitución Española y lo establecido en el art. 137.3 de la Ley 30/92 y el art. 96 de la LMV, a la vez que vulneran el principio de igualdad al apartarse del precedente establecido en otras resoluciones recientes de la CNMV.

Concreta sus alegaciones señalando que al no incorporar el hecho de que con la no contabilización de los fondos litigiosos no hubo riesgo de perjuicio alguno relevante ni para el banco ni para sus accionistas, inversores, terceros ni para los intereses generales ni en consecuencia para el mercado, la Orden vulnera el principio non bis in ídem. Pone el acento en lo que considera falta de consecuencias negativas en los mercados de valores que produjeron las irregularidades contables y que sustentaron en el procedimiento penal el no reconocimiento de legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal declarado mediante auto de 12 de marzo de 2007 confirmado por auto de la Sala de lo Penal de la AN de 7 de mayo de 2007. Sostiene que tanto el juicio ex ante como ex post sobre los que debe realizarse la valoración de las irregularidades contables a fin de determinar si resultan idóneas o no para ocasionar potencialmente (ex ante) o de manera efectiva (ex post) perjuicios que justifiquen el reproche sancionador, se encuentran condicionados por lo que judicialmente se haya declarado con carácter previo como hechos probados. Si en sede judicial se ha declarado que no hay perjuicio económico o incluso que falte el riesgo de tal perjuicio no cabe que lo declare la Orden.

El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio ne bis in ídem desde la STC 2/1981, ha establecido que debe ser considerado como parte integrante del derecho fundamental al principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.).

En el fundamento jurídico 4. de aquella Sentencia se declaró que «El principio general de derecho conocido por non bis in ídem supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones -administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.- que justificase el ejercicio del ius puniendi por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración».

Posteriormente, en la STC 159/1987 (fundamento jurídico 3.), se declaró que dicho principio impide que, a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente la misma conducta, pues «*semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibile reiteración en el ejercicio del ius puniendi del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado (Sentencia 77/1983, de 3 de octubre, fundamento jurídico 4.)*».

El primordial enfoque de este principio es el sustantivo o material, que es el que cumple la función garantizadora que se halla en la base del derecho fundamental en juego y se orienta a evitar que el sujeto afectado reciba una doble sanción por unos mismos hechos, cuando existe idéntico fundamento para el reproche penal y el administrativo, y no media una relación de sujeción especial del ciudadano con la Administración.

Cuestión conectada con esta es aquella relativa a la vinculación a los hechos probados de la jurisdicción penal, que aparece expresamente formulada en el art. 137.2 de la Ley 30/1992 cuando dispone que *"los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas, respecto de los procedimientos administrativos sancionadores que se sustancien"*. En el supuesto de que la sentencia penal sea absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se trata, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. La sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa (criterio que incorpora el artículo 137.2 de la Ley 30/1992, al establecer que *"los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien"*).

Así resulta de la STC 77/1983, de 3 de octubre, que pone de manifiesto que el principio *"non bis in ídem"* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, *"pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado"* (en el mismo sentido STC 25/1984, de 21 de mayo).

Ahora bien, esta vinculación fáctica, no impide lógicamente que los hechos puedan ser calificados diferentemente en el ámbito de la jurisdicción penal y en sede administrativa. Esta Sala considera que no se ha violado por la Administración, en los actos administrativos impugnados, el principio invocado por las razones examinadas en este motivo de recurso. Si es preciso que concorra la triple identidad sujeto, hecho y fundamento no se aprecia tal concurrencia en este supuesto:

- El sujeto no es el mismo, pues aquí se trata de la persona jurídica "Banco BVA" y entonces fueron determinadas personas físicas.
- No se ha dictado una sentencia absolutoria, sino un auto de archivo por ausencia de acusación particular.
- El delito del que se acusaba a las personas físicas no guarda la identidad requerida para que sea de aplicación el principio invocado: basta la lectura de los más arriba reproducidos arts. 99 letra ñ) LMV y el art. 290 del Código Penal. Este habla de "*perjuicio económico*" y aquel de "*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*".

En cuanto a la vulneración del principio de igualdad por apartarse la CNMV de un precedente similar, la aplicación de este principio exige que se acredite la identidad de las circunstancias concurrentes en uno y otro supuesto, identidad que no se ha acreditado en este caso.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

SEPTIMO- El segundo motivo de impugnación encuentra su fundamento en que se ha vulnerado el principio de tipicidad garantizado por el artículo 25 de la Constitución, y el art. 129 de la ley 30/92 que prohíbe la interpretación analógica o extensiva en derecho administrativo sancionador.

El artículo 127 LRJPAC establece: "*1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución, se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que puede delegarse en órgano distinto. 3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio de las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual*".

Este principio está directamente relacionado con el principio de tipicidad, regulado en el artículo 129 LRJPAC con el siguiente tenor literal: "*1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica*".

El análisis de las exigencias del principio de legalidad no es posible sin valorar las circunstancias del principio de tipicidad: en palabras del Tribunal Supremo, para que un

hecho pueda ser objeto de sanción por la Administración es necesario que la infracción y consiguiente sanción estén precisamente establecidas por la Ley.

La cuestión ha sido tratada anteriormente por esta Sala en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo, que en la sentencia de uno de Julio de dos mil cuatro, confirmando la dictada por esta Sala y Sección el día 4 de diciembre de 2000, señaló:

"La Ley 23/1988, al establecer los mecanismos adecuados para lograr la adecuada supervisión del funcionamiento de los mercados de valores, no sólo diseñó un determinado aparato institucional sino que trató de proteger los intereses de los usuarios de aquellos mercados a través de la exigencia de algo tan esencial para su confianza como es la información respecto de los valores emitidos y de la actuación de las sociedades que los emiten. En diversos preceptos de la Ley se prescriben determinadas exigencias de recogida y difusión de la información, exigencias cuyo incumplimiento, en su caso, se sanciona como infracción administrativa.

En su redacción primitiva el ya citado artículo 99, letra ñ), de la Ley 23/1988 sancionaba en realidad -tipificándolo como infracción muy grave- el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 82 de la misma Ley. Este último precepto, por su parte, disponía que los emisores de valores (por lo que nos afecta, Azsa) deberían informar al público, en el más breve plazo posible, de todo hecho o decisión que pueda influir de forma sensible en la cotización de los mismos. Si el emisor consideraba que la información no debía ser hecha pública por afectar a sus intereses legítimos, debía informar inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que podía, si lo estimaba necesario, dispensarle de tal obligación.

Desde el momento en que la Sala de instancia dio como probada la ausencia de información, por parte de la recurrente, sobre un hecho que tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores como el propio tribunal sentenciador reputaron relevante, en el sentido de potencialmente influyente en la cotización de sus valores, bien pudo aquella Sala considerar ajustada a derecho la subsunción de dicha conducta en el tan citado artículo 99, letra ñ), en relación con el también citado artículo 82, ambos de la Ley 23/1988. Para llegar a este conclusión era irrelevante que la descripción del tipo hubiera sufrido, o no, la modificación operada por la Ley 3/1994, pues antes de ella la conducta de la empresa infringía el precepto sancionador correspondiente.

En efecto, la adición incorporada por la reforma de 1994 no impedía considerar que la conducta imputada cumplía las exigencias objetivas del tipo sancionador primitivo. Dicha adición se limitaba a precisar como conductas constitutivas de infracción 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 se omita maliciosamente aspectos o datos relevantes". Conductas que quedaban ahora tipificadas como variantes o añadidos, en su caso, al incumplimiento de la obligación de informar impuesta por el artículo 82. Esta última obligación se incumple, "antes y después de la reforma operada por la Ley 3/1994", como acertadamente afirma la Sala de instancia, si la sociedad emisora deja de informar, en concreto, sobre un hecho que resulta ser de importancia para la cotización de sus acciones".

La actora considera que en la conducta sancionada no concurren los requisitos legalmente previstos para subsumirla en el tipo infractor recogido en el art. 99 letra ñ) de

la Ley del Mercado de Valores y ello porque las irregularidades contables no gozan de la relevancia suficiente para poder ser consideradas constitutivas de la infracción por la que es sancionada; es por eso que a su juicio la interpretación que la Orden hace sobre el término relevancia para incluir una omisión contable en el tipo sancionador art. 99 letra ñ) de la LMV vulnera el principio de tipicidad, según su interpretación literal, sistemática y teleológica

Las resoluciones administrativas consideran probado que el Banco actor durante años remitió a la CNMV y a través de esta a los inversores y al mercado de valores, unos estados financieros en los que no figuraba contabilizado un total de 37.343 millones de pesetas, lo que vulnera el principio contable básico de integridad, según el cual todos los bienes, derechos, obligaciones, gastos y compromisos de cualquier clase que conforman la situación íntegra de la sociedad deben registrarse contablemente desde el momento en que se originen.

Si la Contabilidad se define como un sistema adaptado para clasificar los hechos económicos que ocurren en un negocio con el objetivo de proporcionar información tanto a los propietarios como a los accionistas o a terceros de la realidad económica de la empresa que permita la adopción de decisiones financieras externas y de planificación y control internas, a juicio de esta Sala la omisión de esta información es relevante.

Al igual que razonó la Administración, este Tribunal considera que si bien el precepto no especifica que son "*datos relevantes*" no se ha vulnerado el principio de tipicidad: el que una sociedad cotizada no refleje fondos por importe de 37.343 millones de pesetas, que además suponen el 6,49% de los fondos totales a fecha 31 de diciembre de 1999, fondos situados fuera de España, descontrolados excepto por algunos administradores y directivos, es un dato relevante. Es relevante el importe en si mismo, es relevante el importe en el conjunto de la actividad de la entidad, es relevante la circunstancia de encontrarse los fondos fuera de España, y desde luego es relevante que todo esto no apareciese reflejado en la contabilidad. Y estos datos indudablemente serían valorados y tenidos en cuenta por un inversor razonable en el momento de adoptar una decisión de inversión, con las correspondientes consecuencias en la cotización de los valores de la entidad, y en los intereses de los inversores en general.

A esto se suma que se trata de una entidad cotizada, con una importancia tanto absoluta como relativa fundamental: no solo por su tamaño a nivel nacional e internacional, sino porque presta la totalidad de los servicios financieros y de inversión presentes en el sector, con un elevadísimo número de accionistas, y cuyos valores negociados representan un importante porcentaje del volumen total negociado en los mercados de valores españoles, formando parte del Ibex 35.

Tal apreciación no queda ni puede quedar alterada por un razonamiento de un acto administrativo que opta por sancionar una infracción como grave y no como muy grave (en la página 82 de la demanda se considera que si el Banco de España razona que la omisión contable no afecta significativamente a la imagen fiel no puede la CNMV considerar que la información omitida es relevante).

Esta Sala no se considera vinculada por informes aportados en un procedimiento penal por peritos de parte, no aportados en estos autos, respecto de los cuales esta Sala no ha podido interrogar a los autores de los informes, que no pueden por tanto imponerse a la evidencia más arriba señalada. En cuanto a la alegada inexistencia de sanción por el ICAC a los auditores que supuestamente no detectaron la circunstancia de que el 4,02% en 1.995, el 3,68% en 1.996, el 3,62% en 1.997, el 7,37% en 1.998, el 6,49% en 1.999 y el 2,45% en el año 2000 de los recursos propios no estaban registrados contablemente, no puede constituirse en excusa absoluta o en demostración de la escasa importancia de estos porcentajes, por cuanto no consta a esta Sala en qué circunstancias se ha desarrollado el control técnico encomendado al referido organismo.

De cuanto queda expuesto resulta que a juicio de este Tribunal no se ha vulnerado el principio de tipicidad ni se ha efectuado una interpretación analógica o extensiva del derecho sancionador, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

OCTAVO- Se alega en tercer lugar que la tramitación y resolución paralela y simultánea de dos expedientes sancionadores a "Banco BVA" por el Banco de España y la CNMV por idénticos hechos supone la vulneración del principio non bis in ídem en su doble vertiente procedimental y material y del principio de seguridad jurídica. A juicio de la actora, en resumen, se han tramitado dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos lo que supone la vulneración del principio non bis in ídem.

La parte actora analiza las sentencias del Tribunal Constitucional 2/2003 y 152/2001, y si bien reconoce que en ambos casos se trataba de un proceso penal y un procedimiento administrativo alega que *"precisamente se analizaban los supuestos en que un procedimiento administrativo sancionador resulta equiparable a los efectos del principio non bis in ídem a un proceso penal, de modo que resulte incompatible con otro proceso penal ya existente"*. De estas consideraciones extrae la consecuencia de que *"se confirma la aplicabilidad al caso de la referida doctrina del Tribunal Constitucional"*.

Los hechos de la sentencia 2/2003 eran los siguientes:

"El demandante de amparo fue objeto de un doble procedimiento sancionador (administrativo y penal) que concluyó con la imposición de sendas sanciones por la comisión de una infracción del artículo 20.1 del Reglamento General de Circulación, fundamentada en la conducción con una tasa de alcohol en aire espirado superior a la permitida; y por la autoría de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del Código Penal."

Los hechos de la sentencia 152/2001 eran los siguientes:

"El demandante de amparo había sido condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, alegando el mismo - en el recurso de amparo ante el TC-, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 CE), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos ya que por los mismos hechos por los que fue condenado en vía penal había sido sancionado anteriormente en vía administrativa, tras el oportuno procedimiento sancionador, por la Jefatura Provincial de Tráfico de Santa Cruz de Tenerife."

La sentencia 2/2003 en la cuestión que se examina señala:

"Sin embargo, tanto el art. 14.7 PIDCP, como el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción —administrativa o penal—, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado "absolución o sanción— del mismo. Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador —administrativo o penal—, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías (art. 24.2 CE) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución (art. 25.1 CE). Poderosas razones ancladas en el principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y en el valor libertad (art. 1.1 CE) fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem (...) Por consiguiente, teniendo en cuenta que del valor libertad (art. 1.1 CE) y del principio de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo sancionador (art. 24.2 CE), no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal —por los mismos hechos y con el mismo fundamento— puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional.

En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento —su grado de complejidad— como a las de la sanción que sea posible imponer en él —su naturaleza y magnitud— pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. Dos son las razones que avalan esta limitación. De un lado, la lógica que impone el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de ponderación del contenido de los derechos fundamentales. De otro, la necesariamente matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución"; de modo que la traslación de las garantías del proceso justo al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal "sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" (STC 18/1981, de 8 de junio, FJ 2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3), y se condiciona a que se trate de garantías que "resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador" (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7; 14/1999, de 22 de febrero, FJ 3) (F.J. 8º)."

La sentencia 152/2001 señala: dado que "...la vulneración del principio non bis in ídem derivada de esa duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativo y penal (considerada como tal vulneración en la STC 77/1983, de 3 de octubre, FFJJ 2 y 4), estaba teniendo lugar desde el inicio de ambos procedimientos, y de modo indiscutible [...] desde que en el administrativo se formuló pliego de cargos. Era en ese momento, en el que inequívocamente la vulneración ya se había producido en la vertiente procedimental, cuando el demandante pudo, y por tanto debió, invocar el derecho vulnerado para procurar el remedio de la violación. El silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en el que la vulneración estaba teniendo lugar, y podía ser remediada, y el aplazamiento de la reacción defensiva al momento en que la sanción administrativa se había impuesto, puede encontrar explicación, que no justificación, en una táctica defensiva, consistente en tolerar la vulneración actual del principio non bis in ídem para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal; pero una explicación tal lo que evidencia es una manipulación de la funcionalidad del principio non bis in ídem en vez de una atendible reclamación de su respeto..." (STC 152/2001, FJ6). De modo que "...el análisis de la puntualidad de la invocación de la lesión no tiene que ver con el mero formalismo, sino con algo más sustantivo, como es la propia razón de ser sustancial del requisito, y con la exigencia de buena fe en el comportamiento procesal, exigencia establecida en el art. 11.1 LOPJ, con la consecuencia, impuesta en el apartado 2 del propio artículo..." (STC 152/2001, FJ5), que establece que "...los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal...", precepto que el TC considera de aplicación supletoria en el proceso constitucional de amparo, según lo dispuesto en el art. 80 LOTC, y, en consecuencia, inadmite el recurso de amparo.

Por lo tanto, a juicio de esta Sala se está prohibiendo la doble sanción no la simultánea tramitación de dos procedimientos administrativos sancionadores, por supuesto, siempre que, lo que no es el caso, concurra la triple identidad señalada más arriba.

Igualmente cita la sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005 la cual a su juicio, de conformidad con el art. 133 de la Ley 30/92 en relación con el art. 5.1 del R.D. 1398/93 confirma la aplicación del principio al supuesto en que concurran dos procedimientos administrativos sancionadores.

La sentencia del T.C. dice literalmente:

"Una vez constatada en el asunto ahora enjuiciado la identidad fáctica entre la falta disciplinaria muy grave y las graves, debemos determinar, a continuación, si las mismas responden a un mismo fundamento o si, por el contrario, persiguen la protección de bienes o intereses jurídicos diferentes. Y es que la doble identidad de sujeto y de hechos apreciada en el precepto cuestionado en el presente proceso constitucional no supone, por sí sola, la vulneración del principio non bis in ídem. En efecto, nos encontramos ante un tipo sancionador destinado a castigar a determinados sujetos, los integrados en los cuerpos y fuerzas de seguridad, que se encuentran en una relación de sujeción o de supremacía especial. En este tipo de supuestos, este Tribunal ha permitido, como ya hemos señalado con anterioridad, el doble castigo de un mismo sujeto por la realización de unos mismos hechos. Ahora bien, hemos exigido que la doble sanción tuviese un fundamento diferente, esto es, que

cada uno de los castigos impuestos a título principal estuviesen orientados a la protección de intereses o bienes jurídicos diversos, dignos de protección cada uno de ellos en el sentir del legislador o del poder reglamentario (previa cobertura legal suficiente) y tipificados en la correspondiente norma legal o reglamentaria (respetuosa con el principio de reserva de ley). O, expresado en los términos de la STC 234/1991, de 10 de diciembre, no basta "simplemente con la dualidad de normas para entender justificada la imposición de una doble sanción al mismo sujeto por los mismos hechos, pues si así fuera, el principio ne bis in ídem no tendría más alcance que el que el legislador (o en su caso el Gobierno, como titular de la potestad reglamentaria) quisieran darle. Para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado" (FJ 2).

En el presente caso todas las sanciones contempladas en el precepto cuestionado (esto es, tanto la impuesta por la comisión de la infracción muy grave como las tres graves que constituyen el presupuesto de aquélla) se imponen al policía, no como ciudadano, sino como funcionario público integrado dentro de la Administración y, dentro de ella, a su vez, de un sector muy especial como es el policial (por, recordemos, la ausencia injustificada al servicio durante distintos días de los meses de junio de 1990, de septiembre de 1990 y de enero de 1991, las tres graves; y por la comisión de estas tres faltas graves en el plazo de un año, la muy grave). Partiendo de este presupuesto básico, resulta evidente que: a) En la imposición de las cuatro sanciones referidas la relación jurídico-subjetiva, por un lado, es la misma, pues en todas ellas tramita el procedimiento sancionador e impone la sanción la Administración policial, y el sancionado es un sujeto (un policía municipal, en el procedimiento administrativo concreto del que en definitiva trae causa la presente cuestión de inconstitucionalidad) sometido al régimen establecido por la Ley Orgánica 2/1986. b) Por otro lado, el bien jurídico protegido también por todas ellas es idéntico, siendo reconducible al aseguramiento o a la tutela de la organización administrativa (en este caso, la policial), de forma tal que esta Administración pueda llevar a cabo de manera satisfactoria la función de servicio público que tiene constitucionalmente encomendada.

La conclusión es clara: las sanciones indicadas se enmarcan dentro de la potestad disciplinaria de la Administración policial y, consecuentemente, se encuentran dirigidas a asegurar --de manera directa o indirecta-- el orden organizativo interno y el correcto funcionamiento del servicio público policial, al objeto de permitir una adecuada realización de las funciones constitucional y legalmente atribuidas a los cuerpos y fuerzas de seguridad, por lo que todas las referidas sanciones tienen un idéntico fundamento, esto es, protegen un mismo interés jurídico. En otras palabras, el castigo de la reincidencia o de la reiteración de los ilícitos contra la disciplina policial perseguido por la infracción disciplinaria muy grave tipificada en el artículo impugnado (y la sanción a ella ligada) no tiene como objeto la protección de un interés jurídico distinto al defendido a través del resto de infracciones (leves, graves o muy graves), y sus correspondientes sanciones, que (tipificadas en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, y en lo que aquí interesa en el Reglamento de régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, aprobado por el Real Decreto 884/1989, de 14 de julio) integran sustancialmente el régimen disciplinario de los diferentes cuerpos de policía (además de la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, para este instituto armado). Y ello, por supuesto, con independencia de que mediante la sanción de la reincidencia pretenda castigarse el plus de desvalor que para el mantenimiento del orden organizativo interno o de la disciplina tenga el

reiterado incumplimiento de las reglas jurídicas establecidas para asegurar el normal funcionamiento doméstico de la Administración policial y, en definitiva, para la correcta prestación del servicio público que ésta tiene encomendado.

6. En definitiva, el art. 27.3 j) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de fuerzas y cuerpos de seguridad, al tipificar como falta disciplinaria muy grave el "[H]aber sido sancionado por la comisión de tres o más faltas graves en el período de un año", resulta contrario a la garantía que representa el principio non bis in ídem en su vertiente material o sustantiva, en la medida en que mediante dicho precepto se posibilita la duplicidad en el castigo a un determinado sujeto mediante la imposición de una doble sanción disciplinaria por la realización de unos mismos hechos, teniendo dichas sanciones un mismo fundamento. Y, dado que para la imposición de la sanción por la infracción muy grave tipificada en el precepto cuestionado es necesario seguir un nuevo procedimiento disciplinario distinto a los cumplimentados para la imposición de cada una de las tres (o más) sanciones por la comisión de las tres (o más) faltas graves que integran el tipo cuestionado, existiendo entre ellas, tal y como ya hemos visto, una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, la aplicación de dicho precepto implicaría también una lesión del principio non bis in ídem, pero esta vez desde la perspectiva formal, procesal o, si se quiere más correctamente, procedimental."

Como se razonará más adelante, no concurre la identidad que se constata por el Tribunal Constitucional en aquel supuesto entre el sancionado por la CNMV y el Banco de España. Pero en cuanto a la dimensión procesal, ocurre además en este caso que cuando se dicta el acto administrativo no hay "sancionados" no ha recaído sanción administrativa (ni penal) con la triple identidad exigida por la norma de aplicación y la jurisprudencia constitucional.

En cuanto a la identidad material tampoco considera esta Sala que concorra. En primer lugar, porque según lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005 analizando el art. 133 de la Ley 30/92 y el art. 5.1 del R.D. 1398/93 debe concurrir la triple identidad, y en este caso no concurre la identidad de fundamento. Si bien la recurrente sostiene que en la LMV se protege la correcta formación de precios en el mercado de valores y la protección del inversor, y en la normativa aplicada por el Banco de España el control de riesgos de insolvencia e iliquidez, evitando perjuicios para los depositantes del sistema financiero, a juicio de esta Sala hay un hecho, la ausencia en la contabilidad de los más de 37.000 millones de pesetas litigiosos, ausencia que acarrea distintas consecuencias: una en cuanto a que se trata de una empresa cotizada y en este caso en el IBEX, otra en cuanto a que se trata de una entidad de crédito. Esta doble condición le acarrea distintas obligaciones, con distintas consecuencias, algunas de las cuales no se le alcanzarían si no fuese entidad de crédito o no fuese entidad cotizada; estamos pues en presencia de dos bienes jurídicos protegidos, uno en el ámbito del mercado de valores, otro en el ámbito del sistema bancario.

La actora denuncia que los mismos hechos tienen tres vertientes, una para los jueces, otra para la CNMV y otra para el Banco de España. Cada uno de los tres ha resuelto en el ámbito de sus competencias: el juez penal en su jurisdicción y considerando la ausencia de acusación, la CNMV en la protección del inversor, y el Banco de España, del sistema bancario. Precisamente las divergencias entre estos dos últimos revelan la ausencia de la denunciada infracción del ne bis in ídem, como la distinta valoración de las

circunstancias concurrentes debe ser realizada en el ámbito de las potestades y competencias de cada uno, en función de la normativa de aplicación.

Se alega igualmente la prescripción de la infracción, con fundamento en el art. 98.1 en relación con el art. 7 de la LDIEC. El recurso se centra en que el auto de 12 de marzo de 2007 del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional habría declarado la nulidad de pleno derecho del procedimiento penal, con la conclusión es que *quod nullum est nullum effectum producit*.

El auto citado no declara la nulidad del procedimiento penal, conservando plena validez lo actuado, si bien se archivan las actuaciones ante la ausencia de los requisitos que el Código Penal establece para la persecución de las concretas conductas por las que se había tramitado el procedimiento.

A juicio de esta Sala, concurre la circunstancia por la que la ley ha previsto el efecto de interrumpir la prescripción: iniciación con conocimiento del interesado de un proceso penal, y se ha reanudado la actividad administrativa cuando aquel finalizó.

NOVENO- Se alega la infracción del principio de personalidad de las sanciones, con violación del principio de igualdad ante la ley, la doctrina administrativa de los actos propios, y los principios de buena fe y confianza legítima.

En la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 18 de julio de 2008, en los folios 93 a 97 del expediente administrativo se describe literalmente la secuencia de los hechos como sigue:

“El informe recibido del Banco del España refleja las conclusiones de los trabajos realizados por su servicio de inspección en relación con el origen de esos ingresos y sobre la base de la documentación suministrada por “Banco BVA”.

En este sentido, la operativa analizada se puede resumir básicamente en la existencia de dos estructuras offshore, una en Liechtenstein (Amelan Foundation) y otra en Jersey (Trust T. 532 y Sharington Company Inc.), en las que se han mantenido y gestionado patrimonios que pertenecían a Banco BV (luego “Banco BVA”), pero que estaban no reflejados en su contabilidad y al margen de su control como institución:

A) Amelan Foundation: Se constituye en 1991 para recibir los beneficios que se habían obtenido como consecuencia de una operativa con autocartera efectuada a partir de 1987 por Banco V. Esa operativa se había gestionado a través de cuatro sociedades de Jersey. Tras la fusión con Banco B, se toma la decisión de liquidar la autocartera y, al mismo tiempo la de reordenar jurídicamente la situación, pero manteniendo los beneficios procedentes de la misma fuera de la contabilidad y el control de Banco BV, para lo que se crea Amelan, fundación que tiene como beneficiado a Banco BV y como representantes de éste a dos personas procedentes de Banco B y otras dos de Banco V (a partir de 1995 solo permanecen las dos primeras personas).

En diciembre de 1991 se disuelven las cuatro sociedades de Jersey y, básicamente entre el 31 de enero y el 10 de febrero de 1992, Mielan recibe unos fondos, que presuntamente proceden de los beneficios por la autocartera vendida y el remanente de acciones; esas acciones se venden en mayo de 1992. Los fondos ascendían a 1.474 millones de pesetas de contravalor y las acciones produjeron un líquido de 7.115 millones de pesetas.

A partir de ese momento, la gestión del patrimonio de Amelan se efectúa primero por un empleado de Banco BV (febrero de 1992 a junio de 1999) y después, hasta su liquidación en enero de 2001, por UBS bajo un contrato de gestión discrecional de carteras.

Durante los nueve años, y al margen de la gestión del patrimonio mencionada, se producen, al menos, tres entradas y una salida de fondos.

Dos de las entradas corresponden a la recepción de otros tantos patrimonios procedentes de Banco V que se gestionaban al margen de la contabilidad y control del banco. El primero de esos patrimonios procede de UBS Zurich, asciende a 29.519.489 marcos y 6.160.114 dólares, e ingresa en Amelan en diciembre de 1996; el segundo procede de la liquidación de una sociedad suiza, Soperatchimie, asciende a 1.319.610 francos suizos e ingresa en Amelan entre septiembre de 1997 y marzo de 1998. La tercera entrada se produce en abril de 2000, asciende a 123.358.685 dólares y procede de la liquidación de la actividad del trust T. 532 y de la sociedad Sharington que se comenta posteriormente.

En cuanto a la salida corresponde a un pago de 47.630.758 dólares a Credit Suisse Financial Products, efectuado el 28 de junio de 1995, y que corresponde a la regularización de parte de las pérdidas experimentadas por Banco BV en tres operaciones especulativas de tesorería.

Finalmente, en enero de 2001 se disuelve Amelan procediendo al ingreso del líquido resultante (33.854 millones de pesetas) en "Banco BVA".

B) Trust T. 532 Se constituye en octubre de 1998 para recibir los beneficios que se habían obtenido como consecuencia de una operativa de compraventa de acciones de "A". efectuada por Banco BV entre 1996 y 1998. Al liquidar esa operativa, asumida formalmente por Banco BV, se decide desviar los beneficios obtenidos (134.447.030 dólares), no registrándolos en la contabilidad de Banco BV, y enviar los fondos a un trust (T. 532) en Jersey, cuyo beneficiario es Banco BV siendo gestionada la actividad del trust por la sociedad Sharington Company Inc domiciliada en Nieu. Las personas autorizadas para disponer de los fondos de Sharington son los dos directivos de Banco BV procedentes de Banco B que estaban ya autorizados para disponer de las cuentas de Amelan.

Los 134.447.030 dólares se ingresan en una cuenta de Sharington y se invierten en depósitos de reinversión mensual o semanal, hasta su traspaso a Amelan en abril de 2000.

Entre noviembre de 1996 y abril de 2000 se producen tres cargos significativos en esa cuenta en Sharington (además del traspaso final a Amelan): 525.586 dólares el 1 de diciembre de 1998, 1.000.000 de dólares el 7 de julio de 1999 y 19.267.721 dólares el 27 de marzo de 2000.

Los dos primeros tienen como destinataria a Concertina N.V., sociedad sobre la que Banco BV no aporta documentación. Según "Banco BVA" esos pagos se realizaron para contribuir a campañas electorales en un país latino americano.

En cuanto al tercero, que se produce unos días antes de que el resto del saldo que figuraba en la cuenta de Sharington se traspasara a Amelan, tiene como destinatario a ALICO y como objetivo la constitución de 22 fondos de pensiones a favor de otras tantas personas. Según Don E.Y., la constitución de esos fondos tenía como objetivo último adquirir una participación en Bancomer por cuenta de "Banco BVA".

La participación en Bancomer nunca se llegó a adquirir y, con posterioridad a la disolución de Sharington, de T. 532 y de Amelan, esos fondos llegan a "Banco BVA" el 8 de febrero de 2001 (3.573 millones de pesetas) a través de un trust (T. 750) creado al efecto, con su correspondiente sociedad vinculada Firstrate). Del total de fondos que retoman, 19.663.699 dólares proceden de ALICO y 400.000 de Banca del Gottardo (Suiza), que corresponden a uno de los titulares de fondos de pensiones que en noviembre de 2000 había transferido esa cantidad al citado banco.

2. Como se observa, los anteriores hechos suponen básicamente que "Banco BVA" (antes Banco BV) ha mantenido en los últimos años un patrimonio o fondos no reflejados en su contabilidad, cuestión que no ha llevado a cabo hasta el cierre de su contabilidad del ejercicio 2000.

Estos fondos proceden fundamentalmente de plusvalías obtenidas por la venta de acciones propias y de "A.":

A) Acciones propias

En el año 1991 se constituyó una fundación domiciliada en Vaduz (Liechtenstein), denominada CANDIAC FOUNDATION, que luego desde febrero de 1995 se denominó AMELAN FOUNDATION, cuyo beneficiario era Banco BV.

La entidad era titular al 27 de enero de 1992 de 2.465.000 acciones de Banco BV (1,067% de su capital social), que le fueron transmitidas en concepto de "contribución al capital fundacional. La indicada transferencia procede de una operativa de autocartera generada por Banco V antes de su fusión con Banco B, para defenderse de posibles operaciones hostiles. Cuatro sociedades en Jersey adquirieron, con financiación de UBS y SBS y aval de la sucursal del Banco V en Londres, 2.250.000 acciones del entonces Banco V equivalentes al 8,15% de su capital. Tras esas operaciones y una de venta a final de 1988, el número de acciones era de 4.360.331 que representaba el 389 % de la ya entidad fusionada Banco BV.

Posteriormente, tras realizarse operaciones de venta de parte de las acciones, su remanente, 2.465.000 acciones de Banco BV fueron remitidas a Candiact (luego Amelan).

Estas acciones de Banco BV fueron vendidas en su totalidad el 7 de mayo de 1992.

B) Acciones de "A."

La operativa procede de un acuerdo alcanzado el 24 de mayo de 1996 entre Banco BV y Bankers Trust New York Corporation (BT) -entidad constituida bajo las leyes del Estado de New York y con domicilio en esa ciudad- como consecuencia de la decisión de adquirir una participación estratégica en "A." por parte de Banco BV, a través de un contrato de agencia, un contrato de opción de venta y un contrato de opción de compra. Su vencimiento se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 1997, designándose a BT como agente de Banco BV para la compra de hasta 6.262.450 acciones de "A.", representativas del 4,99 % de su capital social.

Entre el 28 de mayo y el 16 de julio de 1996. BT adquirió 5.567.242 acciones de "A.", lo que representaba un 4,43% de su capital.

Banco BV ordenó a BT el 2 de septiembre de 1997 que procediera a la venta de la totalidad de las acciones antes indicadas, lo que comenzó a realizar desde el día 3 de septiembre de 1997 hasta el día 27 de enero de 1998, fecha a partir de la cual ya no existieron acciones en poder de BT, como agente de Banco BV.

Banco BV no poseía acciones de "A." al 24 de enero de 2000, fecha de la verificación del Folleto Informativo de Fusión entre ambas entidades"

Igualmente se reconoce que "Banco BVA" afluó en sus cuentas anuales del ejercicio 2000 fondos por importe de 37.343 millones de pesetas abonados a ingresos extraordinarios y antes no registrados contablemente, "generados en ejercicios anteriores" (el subrayado es nuestro) y se indica que los efectos nocivos en la información que la entidad, como sociedad emisora de valores admitidos a cotización en Bolsas de Valores, tiene obligación de suministrar a la CNMV y al mercado en general provienen de "su no inclusión anterior".

Es decir, es el Banco BV quien durante los ejercicios 1996, 1997 1998 y 1999 no incorpora información relativa a la existencia del referido patrimonio al margen de la contabilidad de aquel banco.

La demanda, igualmente alega la infracción del principio de proporcionalidad (folios 120 y siguientes) y es en el marco de estas alegaciones que se hace una especial incidencia sobre la circunstancia de que el "Banco BVA" respetó las normas, que se llevó a cabo una subsanación completa y no relativa de la situación irregular detectada. Que la corrección y subsanación del hecho se llevó a cabo por propia iniciativa del Banco, el cual comunicó a los supervisores lo constatado.

La Constitución Española en su artículo 25 reconoce expresamente el principio de personalidad de las sanciones, y en desarrollo de este precepto el art. 130.1 de la Ley 30/92 establece:

"Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia".

El Tribunal Supremo entre otras en la sentencia de 11 de octubre de 2006 recuerda que constituye un principio estructural básico del derecho administrativo sancionador, con cita de la STC 246/91 de 19 de diciembre, que, señala *"ha de aplicarse necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas"*. En palabras del Tribunal Constitucional *"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 que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz"*.

Cita igualmente el Alto Tribunal la sentencia del Tribunal Constitucional 218/2005, de 12 de septiembre, *"no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación [...]", al identificar el fundamento legal de las sanciones impuestas que ha permitido conocer al responsable en virtud de qué concreta norma con rango legal se le sanciona."*

Resulta en consecuencia que si la sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita que sólo es posible predicar del sujeto sancionado y que únicamente respecto a él ha de producir efecto, y si el principio de personalidad de las sanciones, exige que cada sujeto a quien se atribuye una infracción responda individualmente por los actos que le son imputados, es preciso recordar los hechos declarados probados anteriormente transcritos para comprobar si el recurrente es responsable de la infracción por la que se le impone la sanción.

Y de tal lectura resulta que los hechos se cometieron antes de que tuviera lugar la fusión entre otras entidades preexistentes, con personalidad jurídica distinta, apareciendo la

actual persona jurídica, la actora sancionada, como resultado de una operación de fusión. Las consecuencias de la operación citada alcanzan a la subrogación de la nueva entidad en los derechos y obligaciones de las empresas fusionadas, Banco BV y "A.", pero en relación con la responsabilidad por las infracciones cometidas por una u otra, con base en los expuestos principios relativos a la personalidad de las sanciones tal sucesión no está permitida por nuestro ordenamiento jurídico. La recurrente, como distinta persona jurídica que es no puede ser declarada responsable de las infracciones cometidas por Banco BV y "A.". A esto se suma la circunstancia de que la actora, procedió de inmediato a aflorar las sumas de Amelan Foundation y Trust T. 532, como reconoce expresamente la Administración cuando señala que *"Banco BVA" (antes Banco BV) ha mantenido en los últimos años un patrimonio o fondos no reflejados en su contabilidad, cuestión que no ha llevado a cabo hasta el cierre de su contabilidad del ejercicio 2000."*

Se pone así de manifiesto que en la nueva entidad que aparece tras la fusión no solo no hubo dolo sino tampoco negligencia, pues tan pronto como tuvo conocimiento de los hechos constitutivos de la infracción procedió a la adopción de las medidas encaminadas a poner fin a la situación. En consecuencia, la hoy actora, siendo ya responsable de la situación puso fin a la conducta tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley del Mercado de Valores. Así lo refleja la parte dispositiva de la resolución impugnada, que claramente señala:

*"Imponer a "Banco BVA" como por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra Ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, por la remisión **entre los ejercicios 1996 a 2000** a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de información de carácter financiero y contable....."*

Procede en consecuencia estimar el recurso y anular la resolución impugnada sin entrar a conocer de los restantes motivos de impugnación que hacen referencia a la proporcionalidad de la sanción, sanción que como se ha razonado se ha impuesto sin respetar el principio de personalidad de las sanciones administrativas.

DECIMO- No se aprecian circunstancias que determinen un especial pronunciamiento sobre costas, según el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de "Banco BVA" contra la Orden de 18 de julio de 2008 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual anulamos por no ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985 de 1 de julio, del Poder Judicial.

Así por esta nuestra Sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la Oficina Pública de origen, a los efectos de legales oportunos, junto con el expediente de su razón, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.