

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 15 DE ABRIL DE 2014

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº.: 398/2009
Ponente: D. Javier Eugenio López Candela
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 2009, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 18 de julio de 2008.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a quince de abril de dos mil catorce.

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 BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA representado por la Procuradora Sra. P.Q., y actuando como letrado D. P.M.M., 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 de 2.000.000 euros. Ha sido Ponente el Magistrado D. Javier Eugenio López Candela, que expresa la opinión mayoritaria de la Sala, formulando la Magistrada D^a. C.M.M.E., voto particular.

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, termino 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 BBVA 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.

SEXTO- En fecha 28 de mayo de 2.014 se dictó sentencia estimatoria del recurso. Recurrida en casación por la Abogacía del Estado (recurso 4535/2010), se dictó sentencia estimatoria por el Tribunal Supremo, en fecha 11 de octubre de 2.013, ordenando la retroacción de actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para dar cumplimiento a las previsiones del art. 33.2 de la ley jurisdiccional.

SÉPTIMO- En ejecución de dicha sentencia del Tribunal Supremo, se oyó a las partes para que se pronunciasen sobre el motivo para la estimación apreciado en sentencia de fecha 28.5.2010, quedando los autos pendientes de votación y fallo, y siendo señalado el recurso para el 11 de marzo de 2.014, no habiéndose dictado en plazo la sentencia ante la complejidad de las cuestiones debatidas en autos.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

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

- La Orden de la Ministra de Economía y Hacienda de fecha 6 de mayo de 2009, adoptada por delegación por el Secretario General Técnico, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por Banco Bilbao Vizcaya Argentaria hoy actora, contra la Orden de fecha 18 de julio de 2008 del mismo órgano, Vicepresidente segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, actuando por delegación el Secretario de Estado de Economía, 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 BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA S.A. (BBVA) 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 son los siguientes:

- 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, buena fe y confianza legítima.
- Vulneración del principio de proporcionalidad.

TERCERO- Son antecedentes necesarios para la comprensión del recurso que la Orden confirmada en reposición recoge como antecedentes de la misma, resumidamente los siguientes:

El día 22 de marzo de 2002 BBVA comunica a la CNMV, como hecho relevante, que el Banco de España ha iniciado un expediente sancionador sobre los hechos basados en la existencia de fondos no reflejados en la contabilidad del Banco hasta el ejercicio 2000, procedentes en su mayoría de plusvalías obtenidas en la venta de acciones del Banco de Vizcaya y Argentaria.

El día 22 de mayo de 2002 el Consejo de la CNMV acuerda la apertura de expediente sancionador y dar traslado del mismo 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 los Instructores dictan providencia acordando recabar del Juzgado de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional información a los efectos de la eventual suspensión del procedimiento sancionador.

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.

Ante el silencio del Juzgado Central de Instrucción se informó al mismo la situación del expediente sancionador en fecha 22 de octubre de 2002 y es el 31 de octubre de 2002 cuando 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 por acuerdo del Consejo de la CNMV de 30.12.2002.

El día 12 de junio de 2007 se recibe oficio del Juzgado Central de lo Penal, en el que se aporta testimonio del auto de 12 de marzo de 2007, PA 61/2006, dimanante de las Diligencias previas abiertas en dicho juzgado por esos hechos (251/2002), en la que se

decreta la nulidad y archivo de la causa seguida contra varios ex-administradores y directivos del BBVA por no concurrir el requisito del art. 296.2 del C. Penal en relación con el art. 290 del mismo. Dicha resolución fue confirmada por auto de 7 de mayo de 2007 de la Sección 2ª de la Sala de lo Penal de la A.N.

El día 11 de julio de 2007 se levanta la suspensión del procedimiento sancionador.

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 BBVA alegaciones complementarias al pliego de cargos.

El día 23 de enero de 2008 se formula propuesta de resolución, confiriendo 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 informe del Comité Consultivo y del Banco de España, suspendiendo el trámite a tales efectos. Dicha suspensión se levantó el día 4 de junio de 2008. El Comité consultivo informó favorablemente en fecha 14 de abril de 2.008 la propuesta de resolución, considerando que había que tener en cuenta la actuación de la propia entidad a los efectos de la cuantía de la sanción.

El informe del Banco de España consideró que la multa propuesta de 2.000.000 de euros no es relevante para la solvencia y situación patrimonial del BBVA, debiendo valorar la Comisión el impacto reputacional de la misma sobre la entidad expedientada.

El día 18 de julio de 2008 se dicta la Orden origen de este recurso, confirmada en reposición.

CUARTO- Tal como expresamos en la sentencia de 25 de mayo de 2.010, en este mismo recurso, reiteraremos el contenido de los siguientes fundamentos de derecho, cuarto a octavo, cuyo contenido admitimos en el presente momento procesal, al no ser cuestionados por el Tribunal Supremo en la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2.013.

Se declaran probados y se dan por expresamente reproducidos los hechos declarados probados por la resolución de 18 de julio de 2008, teniendo en cuenta el informe de inspección del Banco de España de 11.3.2002, 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 ha 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 BBV 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 B.B.V. tenía en el extranjero, esta nueva entrevista dio lugar a que el Sr. Y. comunicara a los acusados Urrutia y Concejo 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 B.B.V. 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 B.B.V., 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. Y. habló de los contratos con ALICO.

El BBVA que no ha efectuado reclamación alguna en el presente procedimiento”.

La demanda continúa recogiendo una serie de consideraciones relativas a:

- Los esfuerzos del BBVA 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 BBVA”* 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 BBVA 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 BBVA 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, cuáles sean estas, como se sancionan y en determinados supuestos como el presente, cuáles 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 BBVA 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 inadmisibles 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 absoluta, 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 absoluta 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 Bilbao Vizcaya Argentaria 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.

SÉPTIMO- 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 1.999, fondos situados fuera de España, descontrolados excepto por algunos administradores y directivos, es un dato relevante. Es relevante el importe en sí 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 absolutoria 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 BBVA 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 non 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 "Haber 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 concurra. 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, cuyo examen lo separemos del de la vulneración del principio de igualdad ante la ley, la doctrina administrativa de los actos propios, y los principios de buena fe y confianza legítima, así como el de proporcionalidad que también invoca la actora, además de examinar la vulneración del mencionado principio, tanto como fue invocado por la Sala y tal como fue expuesto por el recurrente.

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 de 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 BBVA.

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 BBV (luego BBVA), 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 de Vizcaya (BV). Esa operativa se había gestionado a través de cuatro sociedades de Jersey. Tras la fusión con Banco de Bilbao (BB), 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 BBV, para lo que se crea Arnélan, fundación que tiene como beneficiado

a BBV y como representantes de éste a dos personas procedentes de BB y otras dos de BV (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 BBV (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 BV 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 BBV 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 BBVA.

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 Argentaria efectuada por BBV entre 1996 y 1998. Al liquidar esa operativa, asumida formalmente por BBV, se decide desviar los beneficios obtenidos (134.447.030 dólares), no registrándolos en la contabilidad de BBV, y enviar los fondos a un trust (T. 532) en Jersey, cuyo beneficiario es BBV 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 BBV procedentes de BB 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 Sharrington (además del traspaso final a Antelan): 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 BBV no aporta documentación. Según BBVA 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 Sharrington 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 D. E. Y., la constitución de esos fondos tenía como objetivo último adquirir una participación en Bancomer por cuenta de BBVA.

La participación en Bancomer nunca se llegó a adquirir y, con posterioridad a la disolución de Sharrington, de T. 532 y de Amelan, esos fondos llegan a BBVA 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 BBVA (antes BBV) 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 Argentaria:

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 BBV.

La entidad era titular al 27 de enero de 1992 de 2.465.000 acciones de BBV (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 BV antes de su fusión con BB, para defenderse de posibles operaciones hostiles.

Cuatro sociedades en Jersey adquirieron, con financiación de UBS y SBS y aval de la sucursal del Banco de Vizcaya en Londres, 2.250.000 acciones del entonces Banco de Vizcaya 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 BBV.

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

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

6) Acciones de Argentaria

La operativa procede de un acuerdo alcanzado el 24 de mayo de 1996 entre BBV 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 Argentaria por parte de BBV, 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 BBV para la compra de hasta 6.262.450 acciones de Argentaria, 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 Argentaria, lo que representaba un 4,43% de su capital.

BBV 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 BBV.

BBV no poseía acciones de Argentaria al 24 de enero de 2000, fecha de la verificación del Folleto Informativo de Fusión entre ambas entidades"

Igualmente se reconoce que BBVA aforó 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" 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".

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 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, de modo que 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.

Queda claro por tanto la vigencia y aplicación del principio de personalidad de las sanciones.

A este principio también se ha referido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el ámbito del Derecho Comunitario de la competencia afirmando su plena aplicación, aunque generalmente lo ha sido para determinar las responsabilidades en el ámbito de las relaciones entre sociedad matriz y filial, como es el caso de la sentencia Akzo Nobel NV y otros (asunto C-97/08), de 10 de septiembre de 2009; o sentencia 18.12.2008, asunto T-85/06 (General Química S.A.), sentencia 16.11.2000 (Asunto Astora, C-286/98), y 24.9.2009 (Asunto C-125/07, Erste Group Bank), no siendo dicha doctrina extrapolable al caso examinado. También ha tenido ocasión de pronunciarse el supuesto de sucesión de empresas, como es el caso de la sentencia de 11.12.2007 (asunto C-280/06), en relación con una cuestión prejudicial planteada por un tribunal italiano, admitiendo que una entidad que no es autora de una infracción puede ser, sin embargo, sancionada por la actuación de otra a la que sucede, para evitar eludir las sanciones, simplemente por el hecho de que su identidad se modifique como consecuencia de reestructuraciones, cesiones u otros cambios de carácter jurídico u organizativo. Lo relevante de esos cambios jurídicos es que no produzca, necesariamente, el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad. La sentencia llega a afirmar que "la imposición de la sanción por infracción a la sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a que ha sucedido".

En suma, el Derecho comunitario reconoce la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero tampoco excluye que la empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la anterior, lo cual requiere valorar las circunstancias

concurrentes en cada caso, siendo así que el Derecho comunitario de la competencia que invoca la actora, no necesariamente ha de apoyar su tesis basada en que no pueda sancionarse a BBVA por lo realizado por BBV, como tampoco puede invocarse de contrario por la demandada los fundamentos legales existentes en el ámbito del derecho tributario sancionador para justificar dicha transmisión de responsabilidad.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el presente caso podemos llegar a la conclusión de que la entidad BBVA debe responder de lo realizado por Banco de Bilbao y Banco de Vizcaya entre 1996 y 2000, respecto de los fondos no contabilizados, por la siguientes razones:

- 1.- No se puede obviar que el proceso de fusión seguido entre ambas entidades, ha sido de absorción (p.8 de la resolución impugnada de 22.7.2008), de modo que Banco de Bilbao Vizcaya S.A. absorbió en fecha 2 de febrero de 2000 a Argentaria Corporación bancaria de España. Por consiguiente, en la nueva entidad, BBVA, debe entenderse, que BBV ocupaba un lugar primordial por ser la entidad absorbente, manteniéndose así la misma unidad económica y de decisión.
- 2.- La actora no ha refutado lo anteriormente expuesto, pudiendo y debiendo hacerlo conforme al principio de facilidad probatoria (art.217.7 de la LEC 1/2000), para justificar precisamente, que en la nueva entidad BBVA se había producido un cambio de dirección de la empresa, que acreditase, no ya el cambio de administradores, sino el hecho de que BBV, como entidad absorbente, no ocupara un lugar primordial en la nueva entidad BBVA. Esta prueba no ha tenido lugar.
- 3.- Conviene tener en cuenta que conforme al Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas, RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable al caso, en todo proyecto de fusión las empresas afectadas y accionistas deben conocer el estado de contabilidad de las mismas (art.238.1d), lo cual implica que Argentaria pudo y debió conocer la existencia de fondos no contabilizados atribuibles a Banco de Bilbao y el Banco de Vizcaya, y sobre todo, en una cuantía tan importante.
- 4.- Por último, conviene tener en cuenta que tampoco puede decirse que Argentaria fuese ajena a la actuación realizada por Banco de Bilbao y Banco de Vizcaya en ese período de tiempo, si tenemos en cuenta que esos fondos no contabilizados procedían de las plusvalías obtenidas por la venta de acciones propias y *de Argentaria*. En este sentido se expresa el folio 10 de la resolución impugnada, respecto del Trust T.532 y la actora no lo ha desvirtuado. Dicha participación de BBV en Argentaria se mantuvo en 1996 y 1997, cesando en 27 de enero de 2.008. Por consiguiente, la entidad absorbida, Argentaria también pudo y debió conocer el destino de las plusvalías de la venta de sus acciones.

En consecuencia, puede concluirse que en modo alguno se vulnera el principio de culpabilidad ni de personalidad de las sanciones por el hecho de imputar a la nueva entidad BBVA, la infracción realizada por BBV, consistente en la no contabilización de

37.343 millones de ptas., en la medida en que la entidad absorbida Argenteria pudo y debió conocer estos hechos con carácter previo a la fusión.

DÉCIMO- También expone la actora, a la hora de considerar que se ha vulnerado el principio de personalidad de las sanciones que la entidad BBVA no puede responder de la actuación realizada por alguno de sus administradores cuando además fue la que puso en conocimiento a la demandada la existencia de los referidos fondos provenientes de BBV y su falta de contabilización.

Sin embargo lo cierto es que la falta de contabilización de esos fondos en una cuantía tan importante, 37.343 millones de ptas., por si sola es lo suficientemente relevante para acreditar la falta de diligencia de dicha entidad para conocer no ya en el año 2000 sino en los años anteriores la existencia de dicha falta de contabilización. Es irrelevante que no haya existido perjuicio para los accionistas, pero lo cierto es que tal falta de contabilización y en un tiempo tan prolongado revela que por parte la entidad y con independencia de sus administradores, no ha existido un adecuado control sobre dicha contabilidad. Que el auto de 12 de marzo de 2.007 indique que esta falta de contabilidad haya tenido lugar "al margen de los controles oficiales del BBVA" no hace sino confirmar nuestra tesis de que BBVA no ejerció control sobre esta situación, pudiendo hacerlo, y haciéndolo en todo caso, tardíamente lo que determina su falta de diligencia e imputación de la infracción conforme al artículo 102 de la LMV (STS de 8.3.1993, y STC 246/1991, de 19 de diciembre). El motivo, por tanto, no puede prosperar.

UNDÉCIMO- También se invoca por la actora la vulneración del principio de igualdad, art.14 de la CE, a la buena fe a los actos propios y al principio de confianza legítima (art.3.1 de la ley 30/1992). Estos motivos responden al mismo fundamento con lo cual los examinaremos conjuntamente puesto que con ello se quiere poner de relieve que la CNMV en un caso que la actora considera idéntico al de autos porque no había habido perjuicio económico, como equivalente al perjuicio para el mercado, procedió al archivo del expediente sancionador (resolución de 20 de abril de 2.007). El mencionado motivo no puede prosperar, toda vez que la resolución impugnada justifica de forma clara y meridiana las razones por las cuales no nos encontramos ante los mismos supuestos. Así, en el supuesto que fue objeto de archivo se sancionó por inciso distinto del tipo del art.99 letra ñ/, el cual contempla en incisos distintos distintas infracciones con diferentes presupuestos –en función de la existencia o no de perjuicio- objeto de sanción.

Y no deja de ser cierto que una resolución que no conoció la actora no puede invocarse como vulneradora de la confianza legítima cuando no ha podido inspirar su actuación ante los poderes públicos, y en este caso, ante la CNMV, sin que en ningún caso, como dice la resolución impugnada, puede invocarse una discriminación en el plano de la ilegalidad.

DUODÉCIMO- Debe rechazarse por último la falta de proporcionalidad invocada basada en que debió aplicarse una sanción menor, siendo así que el Banco de España la impuso de 1 millón de euros, y ello conforme a las consideraciones del Comité consultivo, y por

no haberse tenido en cuenta las circunstancias del art. 14 de LDEIC en relación con el art. 102 de la LMV y que motivarían una sanción de advertencia. Pero lo cierto es que como claramente expresa la resolución impugnada, a pesar de que fue la propia BBVA, la que por propia iniciativa procedió a la regularización de la contabilidad, a la vista de la cuantía máxima que puede llegar a imponerse, 5% de los recursos propios de la sociedad, hasta 28.770 millones de ptas. la sanción impuesta no representa más de un 6% de la máxima posible, por lo que puede decirse que claramente se impuso en grado mínimo del mínimo, respetando así las exigencias del principio de proporcionalidad del artículo 131 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre del Procedimiento Administrativo Común.

DÉCIMOTERCERO- Procede, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y confirmar la resolución impugnada.

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:

- 1º. **DESESTIMAR** el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de **BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA** contra la resolución expresada en el fundamento de derecho primero de esta sentencia que expresamente confirmamos.
- 2º. No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que frente a la misma cabe recurso de casación que se podrá preparar ante esta Sección en el plazo de los diez días siguientes al de su notificación, por lo que no resulta firme, llevándose testimonio de la misma a los autos principales.

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.

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA ILMA. SRA MAGISTRADA D^a. C.M.M.E. A LA SENTENCIA DICTADA EN EL RECURSO 398/2009, CON FECHA 15 DE ABRIL DE 2014.

Mi discrepancia con la sentencia a la que se formula este voto particular, que en todo caso acato y respeto, viene referida a la aplicación al presente supuestos de los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones. Esta afirmación la sostengo en los siguientes razonamientos:

PRIMERO: En primer lugar me parece importante resaltar determinados hechos que se recogen en la sentencia de 14 de noviembre de 2006, dictada en el recurso 47/2006, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a la que la mayoría hace referencia, pues los hechos enjuiciados en tal sentencia, son los mismos que originaron la sanción que ahora se recurre:

“A tal efecto, el acusado D. J.M. faltando al citado acuerdo sobre la igualdad de las retribuciones de todos los Consejeros y, al margen de cualquier acuerdo societario sobre el particular, pensó proceder a la citada compensación económica a través de los fondos propiedad del BBV existentes en la Isla de Jersey no incluidos en los registros contables oficiales y cuya existencia era conocida sólo por algunas personas pertenecientes al BBV y absolutamente desconocida para los nuevos socios de Argentaria...”

En septiembre del 2000, el Sr. J.M. comentó al Sr. R. que había unas cuentas extracontables del anterior BBV en el extranjero, indicándole que su importe ascendía a varios miles; ante tal noticia, el Sr. R. exigió al Sr. J.M. 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. R. vuelve a exigir al Sr. J.M. la contabilización del dinero que el B.B.V. tenía en el extranjero, esta nueva entrevista dio lugar a que el Sr. J.M. comunicara a los acusados F. 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. P. y B. 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. L.A. y B..

El 19 de enero de 2001 los Sres. J.M. y R. acudieron al Banco de España donde el Sr. J.M. puso en conocimiento del Gobernador del Banco de España la existencia de fondos del B.B.V. 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. J.M. y R. acompañados de un Consejero del B.B.V., 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. J.M. habló de los contratos con ALICO.”

De esta exposición, conviene destacar: a) que los fondos propiedad del BBV existentes en la Isla de Jersey no estaban incluidos en los registros contables oficiales, b) que su existencia era conocida sólo por algunas personas pertenecientes al BBV, c) que su existencia era absolutamente desconocida para los nuevos socios de Argentaria, d) que es el Sr. Y. quien pone en conocimiento del Sr. G., en septiembre de 2000, la existencia de los fondos no contabilizados, e) que, ante tal noticia, el Sr. G. exigió al Sr. Y. que ese dinero se reintegrara y constara en la contabilidad del banco, lo cual fue reiterado, f) que fueron los propios Sres. Y. y G. quienes acudieron al Banco de España, donde el Sr. Y. puso en conocimiento del Gobernador del Banco de España la existencia de fondos del B.B.V. no contabilizados.

A ello ha de añadirse que, como se recoge en la Resolución impugnada y, expresamente, se refleja en la sentencia a la que se formula este voto particular, existen 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 BBV (luego BBVA), pero que estaban no reflejados en su contabilidad y al margen de su control como institución.

SEGUNDO: La cuestión teórica que presenta el problema jurídico al que nos enfrentamos, ha sido analizado en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2013, dictada en el recurso 719/2013. Conviene recordar la jurisprudencia recogida en ella:

A) Tribunal de Justicia de la UE. Aun cuando dicho Tribunal ha elaborado su doctrina en relación a las conductas contrarias a la libre competencia – concretamente conductas colusorias, en general, y cárteles, en particular -, la construcción jurídica que realiza puede ser útil para la comprensión del problema de la responsabilidad personal en relación a las personas jurídicas.

Sentencia del TJ de 16 de noviembre de 2000, c-279-98:

“78 En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona.

79 En el caso de autos, de la sentencia recurrida resulta que Djupafor y Duffel participaron de manera independiente en la infracción desde mediados de 1986 hasta que fueron adquiridas por la recurrente en marzo de 1989 (véase el apartado 18 de la sentencia recurrida). Además, estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta.

80 En consecuencia, procede constatar que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar a la recurrente responsable de las infracciones

cometidas por Duffel y Djupafors con anterioridad a su adquisición y anular, por esta razón, la sentencia recurrida.”

Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2007, c-280-06:

“40 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo... .

42 Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (véanse, en este sentido, las sentencias de 28 de marzo de 1984, Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión, 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679, apartado 9, y Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 59).

43 Conforme a esta jurisprudencia, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de pertinencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que, como ocurre en los procedimientos principales, ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido... .

46 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si un caso como el de los procedimientos principales responde a las circunstancias en las que una entidad económica puede ser sancionada por la infracción cometida por otra entidad, procede señalar, en primer lugar, que el hecho de que la AAMS carezca de personalidad jurídica (véase el apartado 6 de la presente sentencia) no constituye un elemento que permita justificar la imposición a su sucesora de la sanción por la infracción cometida por aquélla... .

48 A este respecto, procede recordar que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 355 a 358).

49 En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los

estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales.

50 En los procedimientos principales, ha quedado acreditado que, cuando llevaron a cabo sus comportamientos infractores, tanto la AAMS como el ETI pertenecían a la misma entidad pública, es decir, el Ministerio italiano de Economía y Hacienda.

51 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, cuando participaron en la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, la AAMS y el ETI se encontraban bajo la tutela de esta entidad pública. Si así fuera, procedería declarar que el principio de la responsabilidad personal no se opone a que la sanción por la infracción iniciada por al AAMS y continuada por el ETI se imponga globalmente a este último.”

Sentencia TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C 97/08:

“55 El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, Rec. p. I 11987, apartado 40).

56 Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, Rec. p. I 4125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C 279/98 P, Rec. p. I 9693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C 280/06, Rec. p. I 10893, apartado 39).

57 La infracción del Derecho comunitario de la competencia debe imputarse sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas y el pliego de cargos debe dirigirse a esta última (véase, en este sentido, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 60, y de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión, C 322/07 P, C 327/07 P y C 338/07 P, apartado 38). Asimismo, es necesario que el pliego de cargos indique en qué condición se recriminan a una persona jurídica los hechos alegados.

58 Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias Imperial Chemical Industries/Comisión, antes citada, apartados 132 y 133; Geigy/Comisión, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión, 6/72, Rec. p. 215, apartado 15, así como Stora, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas

(véanse, por analogía, las citadas sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, apartado 117, así como ETI y otros, apartado 49)."

Sentencia TJ 20 de enero de 2011, c – 90-09:

"101 A este respecto y por lo que se refiere, en primer lugar, a la instrucción impartida por RQ a GQ, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos, esta instrucción tenía carácter general y no se dirigía exclusivamente a GQ sino al conjunto de las sociedades del grupo, y que fue comunicada dos años y medio después de que cesara la conducta contraria a la competencia imputada a GQ.

102 Ciertamente, estos elementos parecen constituir indicios de que ni se tenía conocimiento de la infracción imputada a GQ, ni se participó en la misma, ni se incitó a cometerla. No obstante, y en contra de lo sostenido por las recurrentes, la circunstancia que permite que la Comisión imponga una multa a una sociedad matriz no consiste ni en el hecho de que esta matriz haya incitado a su filial a cometer una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia ni en el hecho de que la matriz tenga una implicación directa en la infracción cometida por su filial, sino en el hecho de que estas dos sociedades constituyan una misma unidad económica y, en consecuencia, formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia Akzo Nobel y otros/Comisión, antes citada, apartados 59 y 77).

103 Por consiguiente, procede señalar que, en el presente caso, la mera circunstancia de que RQ, por una parte, sólo tuviera conocimiento de la infracción tras la inspección realizada en las instalaciones de GQ el 27 de septiembre de 2002 y, por otra parte, no hubiera participado directamente en esta infracción ni hubiera incitado a cometerla no permite demostrar que estas dos sociedades no constituyen una misma unidad económica. En consecuencia, tal circunstancia no es suficiente para desvirtuar la presunción de que RQ ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de GQ.

104 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las alegaciones relativas a la supuesta autonomía de los directivos de GQ a la hora de definir y ejecutar la política comercial de esta sociedad, debe señalarse que los elementos aportados por las recurrentes en este sentido no prueban que GQ determinaba de manera autónoma su conducta en el mercado y que, en consecuencia, no constituía junto a RQ una unidad económica. En efecto, si bien es cierto que determinados documentos presentados por las recurrentes demuestran que se habían delegado a favor de los directivos de GQ múltiples facultades de gestión, dirección y administración de esta sociedad, no es menos cierto que otros elementos que obran en autos ponen de manifiesto la existencia de una intervención significativa de RQ en diferentes aspectos de la estrategia y la política comercial de GQ."

Al margen de las citadas sentencias, se analiza la culpabilidad y el principio de personalidad de las sanciones, en relación con la responsabilidad de la matriz por actos de las filiales, en las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión; de

20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión; de 8 de mayo de 2013, c-508/11; y de 18 de junio de 2013, Fluorsid SpA. En esta última sentencia se afirma:

“57 Es cierto que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Ahora bien, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, conforme al principio de responsabilidad personal, esta infracción debe imputársele sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas, y el pliego de cargos y, con mayor motivo, la decisión final, deben dirigirse a esta última indicando en qué condición se recriminan a esta persona jurídica los hechos alegados (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, Rec. p. I 8237, apartados 54 a 57, y la jurisprudencia citada; conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto en el que recayó dicha sentencia, Rec. p. I 8241, apartado 37).”

B) El Tribunal Constitucional, ha contemplado también el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Así en la sentencia de 19 de diciembre de 1991, recurso de amparo 246/1991, se afirma:

“Al respecto, debemos recordar ahora que si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990). En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990).

Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). 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 que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso 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"

C) El Tribunal Supremo también ha tratado la cuestión de la responsabilidad infractora de las personas jurídicas. Así la sentencia del TS de 23 de junio de 1998, recurso de casación 1388/1994, tratando el tema de la responsabilidad solidaria por infracciones cometidas por un tercero, reflexiona sobre los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones respecto de las personas jurídicas:

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Unogasa, S. A. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 1993 por la que, en esencia, se considera ajustada a derecho la imposición con carácter solidario de una sanción en materia de máquinas recreativas al operador y al titular del establecimiento, en aplicación del artículo 46 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, a la sazón vigente, aprobado por el Real Decreto 877/1987, alegando, en síntesis, en los dos motivos formulados, la infracción del artículo 25 de la Constitución por carecer dicha imputación solidaria de cobertura legal y oponerse al principio de personalidad de las sanciones.

SEGUNDO.- Como esta Sala tiene ya declarado en numerosas resoluciones, la regla de imputación contenida en el citado precepto excede la habilitación que «a posteriori» concedió la Ley 34/1987, de 23 diciembre a la citada disposición reglamentaria, que no regula la imputación solidaria, toda vez que no contempla esta norma legal ninguna clase de imputabilidad de tal naturaleza. Se conculca así el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, que exige, desde una perspectiva material, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes y, por lo tanto, también de las reglas de imputación, y, desde una perspectiva formal, que tal predeterminación se haga a través de una Ley en sentido formal (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1987, 3/1988, 29/1989, 22/1990, 61/1990, citada ésta por la parte recurrente, y 83/1990, entre otras muchas). Teniendo en cuenta que la potestad sancionadora de la Administración goza de análoga naturaleza que la potestad penal, se sigue de ello que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta reúna las notas de antijuridicidad y tipicidad, sino que, además, es necesaria la nota de culpabilidad, pues nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1990). Por eso, en la medida en que el cuestionado precepto reglamentario vulnera los principios de legalidad y de responsabilidad personal sobre el que se asienta el total

sistema punitivo, resulta nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, entonces vigentes. Y así se ha entendido por la propia Administración normativamente cuando no se recoge ya en el nuevo Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 abril, precepto análogo al controvertido del Real Decreto 877/1987.

TERCERO.- Las razones expuestas determinan la estimación del recurso de casación interpuesto y de la demanda deducida en la instancia, sin que se aprecie la concurrencia de las circunstancias exigidas por el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional a efectos de realizar una expresa condena en costas en primera instancia.”

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 1996, recurso de apelación 3606/1991, afirma:

*“Ahora bien, en cualquier caso, es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de la persona física sancionada. En el primer caso, en el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones (art. 235 C. de Co, 277 LSA, 120 LRL), y éstas forman parte del pasivo transmitido a los socios, sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas y en contemplación última de intereses de éstas. Admitida, por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador, en términos distintos de los que derivan de las exigencias de la culpabilidad penal según el principio de *societas delinquere non potest*, nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito. Y también, como ha señalado esta Sala, es acorde con los principios del derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones (STS de 18 de abril de 1994).”*

TERCERO: Decíamos en nuestra sentencia antes citada que de la jurisprudencia recogida, se desprende, sin lugar a dudas, que es posible la sucesión entre personas jurídicas, de las multas impuestas a una de ellas, así como, que el principio de culpabilidad y de la personalidad de las sanciones, sufre modulaciones en tales casos, en relación a estos mismo principios aplicados a personas físicas. De ahí que la sentencia del TS de 20 de septiembre de 1996, admita que es posible la transmisión de las multas entre personas jurídicas en caso de sucesión universal.

Estas afirmaciones son indiscutibles por reiteradas. Ahora bien, el problema que se plantea, no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que si puede, sino en qué casos el ordenamiento jurídico permite esta responsabilidad; o, lo que es lo mismo, cuáles son las modulaciones que los mencionados principios sufren en su aplicación a las personas jurídicas. Y es claro exponentes de este problema la sentencia del TS de 23 de junio de 1998, antes transcrita, y que señala las cuestiones que se plantean en orden a los principios de culpabilidad, responsabilidad personal y legalidad en el caso de responsabilidad solidaria por infracciones de otro.

A mi juicio, la solución de la presente controversia ha de partir de los siguientes principios que refleja la jurisprudencia antes expuesta:

A) El principio de culpabilidad se consagra en la Constitución española, como principio estructural básico del Derecho Penal y, por ello, del Derecho Administrativo Sancionador.

B) En las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas no se ha suprimido el elemento subjetivo de la culpa, pero ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas.

C) En el caso de transformación de sociedades, es posible la transmisión de la sanción, pero ha de atenderse a criterios tales como unidad de decisión, pues refleja la voluntariedad y conocimiento de la acción infractora creando así el título de imputación; o, unidad económica, pues, bajo un ropaje jurídico, en realidad existe identidad de empresa.

También de la jurisprudencia expuesta, resulta claro, que se transmitirá la sanción a la nueva entidad, cuando ha existido fraude de ley o abuso del derecho, y en todos aquellos casos en que sea aplicable la doctrina del alzamiento del velo, elaborada por la Sala Primera del TS.

Conviene ahora recordar, que en nuestra sentencia de 9 de diciembre de 2013, afirmábamos:

“De los párrafos de las sentencias transcritas y de los razonamientos contenidos en las sentencias que se citan en las que se analizan las responsabilidades de las matrices respecto de actos de las filiales, podemos extraer las siguientes ideas centrales de la construcción doctrinal que nos ocupa:

a) El TJ reconoce claramente el principio de responsabilidad personal y culpabilidad como informador del Derecho Europeo, y analiza cómo ha de aplicarse en relación a las personas jurídicas.

b) Considera como criterio definidor para establecer la responsabilidad infractora, las situaciones que constituyen “unidad económica” cualquiera que sea la estructura jurídica, y la “unidad de decisión”. Aplica este criterio claramente a los grupos de empresas. En el caso de sucesión de empresa, considera también los elementos de la existencia de una “entidad económica”, bajo “control de una misma persona” (esto es, unidad de decisión), y “estrechos vínculos organizativos y económicos”.

c) Los cambios jurídicos y organizativos, no implican necesariamente el nacimiento de una forma jurídica exenta de responsabilidad. La sucesora no se excluye por el mero cambio.

d) Cuando una entidad económica adquiere otra u otras, y las adquiridas siguen existiendo como filiales, la adquirente no responde por actos de aquellas de los que fue totalmente ajena.

En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); "unidad de decisión", pues la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial.

En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. En cuanto a los supuestos de sucesión, no admite la transmisión cuando las infractoras siguen existiendo y la sucesora es ajena a la infracción."

Siguiendo con los principio generales que han de inspirar la solución del presente problema jurídico, me parece oportuno traer a colación los principios de prevención general y especial propios de las normas sancionadoras – penales o administrativas -, ya que, además del efecto retributivo de la sanción, éstas persiguen la evitación del comportamiento infractor, mediante el efecto disuasorio que la amenaza de imposición de una sanción produce para los sujetos de Derecho en general y para el sancionado en particular. Y me parece importante traer a colación estos principios, pues, como después analizaremos, en el presente caso es la propia sancionada la que corrige el comportamiento tipificado en la infracción administrativa, y lo pone en conocimiento de los supervisores.

Hemos de concluir de todo lo expuesto, que la exigencia de responsabilidad infractora, aún a las personas jurídicas, ha de hacerse sobre los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones, tanto por exigencia de nuestra Constitución, como por la elaboración jurisprudencial del TJ y del TS, como por la plasmación de estos principios con rango legal. Y así, respecto a la recepción legal de estos principios, es interesante recordar el contenido del artículo 130 de la Ley 30/1992.

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

CUARTO: Planteadas las cuestiones de principios, veamos su aplicación al caso concreto.

La mayoría de la que discrepo, admite expresamente la vigencia de los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones en el caso de las personas jurídicas, pero al analizar las circunstancias concurrentes en este caso, llega a la conclusión de que la entidad BBVA ha de responder por lo realizado por el BB y BV durante los años 1996 a 2000.

Tales circunstancias son, según el voto mayoritario de la Sala:

1. La fusión se realizó por medio de una absorción de Grupo Argentaria por BBV, y por ello entiende que en la nueva entidad, BBVA, BBV ocupaba un lugar primordial por ser la entidad absorbente.
2. No se acredita por la recurrente la producción de un cambio en la dirección de la empresa, no ya solo por cambio de los administradores, sino por el hecho de que el BBV, como entidad absorbente, no ocupa un lugar preeminente en la nueva entidad.
3. En todo proyecto de fusión las empresas afectadas y accionistas deben conocer el estado de contabilidad de las mismas (artículo 238.1d Real Decreto Legislativo 1564/1989), lo cual implica que Argentaria pudo y debió conocer la existencia de fondos no contabilizados atribuibles a Banco de Bilbao y el Banco de Vizcaya, y sobre todo, en una cuantía tan importante.
4. Tampoco puede decirse que Argentaria fuese ajena a la actuación realizada por Banco de Bilbao y Banco de Vizcaya en ese período de tiempo, si tenemos en cuenta que esos fondos no contabilizados procedían de las plusvalías obtenidas por la venta de acciones propias y de Argentaria. Por consiguiente, la entidad absorbida, Argentaria también pudo y debió conocer el destino de las plusvalías de la venta de sus acciones.

Para la mayoría, puede concluirse que en modo alguno se vulnera el principio de culpabilidad ni de personalidad de las sanciones por el hecho de imputar a la nueva entidad BBVA, la infracción realizada por BBV, consistente en la no contabilización de 37.343 millones de ptas., en la medida en que la entidad absorbida Argentaria pudo y debió conocer estos hechos con carácter previo a la fusión.

Así las cosas, para el voto mayoritario, las circunstancias que determinan la transmisión de las consecuencias sancionadoras a BBVA por infracciones cometidas por BBV, son de dos índoles, la primera de carácter patrimonial, por ser preeminente el BBV en la fusión y en la nueva entidad, la segunda, de carácter subjetivo, ya que Argentaria pudo y debió conocer la existencia de los fondos.

QUINTO: Analizaré en primer lugar las cuestiones que suscita el elemento patrimonial.

Como punto de partida es interesante considerar que el patrimonio es centro de imputación de responsabilidad por deudas contractuales o extracontractuales, pero siempre deudas civiles (incluyendo el ámbito mercantil); ello es una responsabilidad desde antiguo plasmada en nuestro ordenamiento jurídico, y cuyo mayor exponente lo encontramos en el artículo 1911 del Código Civil: *"Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros"*

En el ámbito civil el centro de imputación de responsabilidades no lo es una persona física o jurídica, sino un patrimonio, de suerte que las deudas, sean contractuales o extracontractuales, una vez nacidas válidamente, se objetivizan, independizándose del consentimiento o actor generador de las mismas, y vinculándose al patrimonio, de suerte que siguen a éste en sucesivas titularidades.

Pero este principio de vinculación patrimonial de las deudas civiles no es aplicables a las derivadas del ejercicio de potestades punitivas por el Estado, en sus dos formas, penales y administrativas. Por ello hemos de excluir el elemento patrimonial como centro de imputación de las deudas derivadas de multas. Así, es irrelevante la preeminencia patrimonial del BBV en la nueva entidad a la hora de justificar la responsabilidad sancionadora de ésta.

Ahora bien, existe otra visión del elemento patrimonial, y es que determine una suerte de continuación en la nueva entidad, de la anterior absorbente, que, por ello, no haya existido una alteración en la voluntad societaria. Esto es lo que parece entender la mayoría.

No puedo compartir este planteamiento, porque, a mi entender, es contrario al concepto mismo de fusión y a la regulación jurídica de la misma. Es cierto que existe una continuación patrimonial en casos de absorción, pero no lo es que ello implique, per se, mantener inalterable la voluntad societaria.

La norma vigente al tiempo en que se produce la fusión que nos ocupa, lo era el Real Decreto Legislativo 1564/1989, que configuraba la fusión en los siguientes términos:

"Art. 233. Clases y efectos de la fusión.

- 1. La fusión de cualesquiera Sociedades en una Sociedad anónima nueva implicará la extinción de cada una de ellas y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva Entidad que haya de adquirir por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.*
- 2. Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más Sociedades por otra anónima ya existente, ésta adquirirá en igual forma los patrimonios de las Sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social en la cuantía que proceda...*

Art. 244. Escritura de fusión.

1. *Las Sociedades que se fusionan harán constar el acuerdo de fusión aprobado por sus respectivas Juntas en escritura pública, que habrá de contener el Balance de fusión de las Sociedades que se extinguen.*
2. *Si la fusión se realizara mediante la creación de una nueva Sociedad, la escritura deberá contener, además, las menciones legalmente exigidas para la constitución de la misma.*

Si se realizara por absorción, la escritura contendrá las modificaciones estatutarias que se hubieran acordado por la Sociedad absorbente con motivo de la fusión y el número, clase y serie de las acciones que hayan de ser entregadas a cada uno de los nuevos accionistas.

Art. 245. Inscripción de la fusión.

1. *Sin perjuicio de los efectos atribuidos a la necesaria publicación en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil», la eficacia de la fusión quedará supeditada a la inscripción de la nueva Sociedad o, en su caso, a la inscripción de la absorción.*
2. *Una vez inscrita en el Registro Mercantil competente la escritura de constitución por fusión o de absorción, se publicará en el «Boletín Oficial del Registro Mercantil» conforme a lo previsto en el Código de Comercio y se cancelarán los asientos registrales de las Sociedades extinguidas.”*

En la actual regulación, Ley 3/2009, se mantienen los elementos esenciales de la anterior, en lo que interesa:

“Artículo 22. Concepto.

En virtud de la fusión, dos o más sociedades mercantiles inscritas se integran en una única sociedad mediante la transmisión en bloque de sus patrimonios y la atribución a los socios de las sociedades que se extinguen de acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan.

Artículo 23. Clases de fusión.

1. *La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de aquéllas.*
2. *Si la fusión hubiese de resultar de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, ésta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.”*

De ello resulta que la fusión, aún por absorción, implica una transformación de las sociedades. En palabras de la Exposición Motivos de la Ley 3/2009, *la importancia de la*

Ley se manifiesta en la unificación y en la ampliación del régimen jurídico de las denominadas «modificaciones estructurales», entendidas como aquellas alteraciones de la sociedad que van más allá de las simples modificaciones estatutarias para afectar a la estructura patrimonial o personal de la sociedad, y que, por tanto, incluyen la transformación, la fusión, la escisión y la cesión global de activo y pasivo.

Estas alteraciones estructurales implican un cambio en los centros de decisión de las entidades y en su composición personal y patrimonial, por ello, la continuidad de la voluntad social ha de ser analizada en cada caso concreto.

Afirmado que la responsabilidad sancionadora no se vincula a un patrimonio, sino a una voluntad, la persistencia patrimonial no puede ser título suficiente de la imputación infractora.

Para concluir con el elemento patrimonial, hemos de señalar que ninguna de las partes personadas afirma que la transformación de la sociedad se haya realizado en fraude de Ley, abuso de derecho, o, concurra alguna de las causas que justifican el “alzamiento del velo”. Por ello la imputación infractora no puede basarse en tales circunstancias.

SEXTO: Respecto de elemento subjetivo, se plantean los siguientes problemas: a) posibilidad real de conocimiento por Argentaria antes de la fusión de la existencia de los fondos no contabilizados, b) circunstancias de la existencia de los fondos, d) actuaciones posteriores a la fusión.

La mayoría parte de la idea de que Argentaria pudo y debió conocer la existencia de los fondos no contabilizados, como consecuencia de la obligación prevista en el artículo 238.1d Real Decreto Legislativo 1564/1989, y porque tales fondos provenían de las plusvalías obtenidas por la venta de acciones propias y de Argentaria.

Veámoslo.

El artículo 238.1 del RDL 1564/1989, dispone:

“1. Al publicar la convocatoria de la Junta, deberán ponerse a disposición de los accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales distintos de las acciones, así como de los representantes de los trabajadores, para su examen en el domicilio social, los siguientes documentos:...

d) Las cuentas anuales y el informe de gestión de los tres últimos ejercicios de las Sociedades que participan en la fusión, con el correspondiente informe de los auditores de cuentas.”

Ahora bien, que exista la obligación legal de poner a disposición de accionistas, obligacionistas y titulares de derechos especiales, así como de la representación de los trabajadores tales documentos, no implica que las cuentas anuales se hayan formulado en legal forma. Precisamente lo que resulta claro en este asunto, es que los fondos que nos ocupan no estaban contabilizados, esto es, no tenían reflejo en la contabilidad, ni

fueron puestos de manifiesto en las auditorias – y ello es algo asumido por la Resolución impugnada -; precisamente esta situación de los fondos es el fundamento de la sanción.

El que exista una obligación normativa, no quiere decir que vaya a cumplirse, y por lo tanto, no puedo compartir la afirmación de la mayoría en orden a que tal obligación normativa garantice el efectivo conocimiento de datos que debían obrar en los señalados documentos. Y ello, porque lo que ha existido ha sido un incumplimiento por parte de BBV en la contabilización de los fondos, al que es ajena Argentaria. Esta falta de contabilización hacía imposible el conocimiento de su existencia por terceros – e, incluso, como veremos después, muy difícil tal conocimiento por la propia organización de BBV -.

El segundo elemento en el que el voto mayoritario sostiene la posibilidad real de conocimiento por Argentaria de la existencia de los fondos no contabilizados, es en que las plusvalías se habían obtenido por la venta de acciones propias y de Argentaria. Al razonar de este modo, la mayoría olvida que las acciones de cuya venta tratamos, son títulos al portador negociables – no nominativas -, y que por ello la entidad emisora es ajena a la transmisión del título, y, más aún, al destino que se dé a las cantidades obtenidas de su enajenación por su anterior titular. Suponer que Argentaria debía conocer la existencia de los fondos no contabilizados porque procedían de la venta acciones emitidas por ella, implica que legalmente Argentaria debiese intervenir en la transmisión, como ente emisor, y, además, ser informada del destino de lo obtenido con la venta. Nada más lejos de la regulación legal, ni se requiere el consentimiento o conocimiento de la Sociedad Anónima emisora - no así el caso de las Sociedades Limitadas en que se restringe la transmisión voluntaria inter vivos de participaciones -, para la transmisión de las acciones al portador, ni debe ser informada del destino de las cantidades obtenidas por el tercero titular de las acciones enajenadas. Así resulta claramente del Real Decreto Legislativo 2/2010, que recoge la regulación anterior, como no podía ser de otra manera, por ser un Real Decreto Legislativo.

El artículo 118.1 y 3 del RDL 2/2010, determina:

1. *“1. Las acciones representadas por medio de anotaciones en cuenta se registrarán por lo dispuesto en la normativa reguladora del mercado de valores....”*

3. *Las entidades que de acuerdo con la normativa reguladora del mercado de valores hayan de llevar los registros de los valores representados por medio de anotaciones en cuenta están obligadas a comunicar a la sociedad emisora los datos necesarios para la identificación de sus accionistas”.*

El artículo 120.2 del RDL 2/2012, establece:

“2. Una vez impresos y entregados los títulos, la transmisión de las acciones al portador se sujetará a lo dispuesto en el artículo 545 del Código de Comercio.”

Artículo 545 Ccom.:

“Los títulos al portador serán transmisibles por la tradición del documento”.

El que los títulos enajenados fuesen emitidos por Argentaria o por el mismo BBV, no implica en absoluto, que aquella tuviese la oportunidad real de conocer el destino de los recursos obtenidos por la enajenación de los títulos.

En mi opinión, no se ha acreditado que Argentaria pudiese conocer, antes de la fusión, la existencia de los fondos no contabilizados.

También es de resaltar, las circunstancias que afectan a los fondos no contabilizados.

Como señala la sentencia de 14 de noviembre de 2006, dictada en el recurso 47/2006, por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, *los fondos propiedad del BBV existentes en la Isla de Jersey no incluidos en los registros contables oficiales y cuya existencia era conocida sólo por algunas personas pertenecientes al BBV y absolutamente desconocida para los nuevos socios de Argentaria.*

Se trata de unos fondos constituidos, no solo al margen del conocimiento de Argentaria, sino, además, al margen del entramado institucional del BBV, y ello es algo asumido por la Resolución sancionadora. A efectos del BBV, la infracción podría serle imputable a título de culpa – in vigilando, o, in eligendo –, al encontrarse los creados de los fondos insertos en su estructura orgánica; pero lo que, a mi modo de ver, resulta claro, es que Argentaria no podía conocer, antes de la fusión, la existencia de los fondos no contabilizados, ni aun desplegando una diligencia extrema.

Efectivamente, la falta de diligencia es un título de imputación infractora, por ello puede hacer nacer la responsabilidad sancionadora por actos realizados por un tercero, cuando el responsable coadyuva a la comisión y desarrollo de la infracción, al no desplegar la diligencia debida para evitarla, estando legalmente obligado a ello.

La culpa se define en el Código Civil en los siguientes términos:

“Artículo 1103

La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones; pero podrá moderarse por los Tribunales según los casos.

Artículo 1104

La culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar.

Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia.”

Superada la antigua clasificación romana - culpa grave o lata y leve o levis, dividiendo ésta última en culpa leve in abstracto y culpa leve in concreto -, se introduce en nuestro

código civil el arbitrio judicial en la graduación de la responsabilidad por negligencia, estableciendo como parámetro de diligencia – a falta de otra expresión -, *la que correspondería a un buen padre de familia*.

En el ámbito mercantil, se plasma la idea de diligencia estándar, en el concepto de *diligencia de un ordenado comerciante* como sinónimo de aquella conducta razonable y exigible en el tráfico según los usos de comercio y las buenas prácticas de la gestión empresarial.

Pues bien, la forma oculta en que se constituyeron los fondos, la opacidad de los mismos por el lugar de su ubicación, el reducido círculo de personas que conocían su existencia y su falta absoluta de reflejo en documentos accesibles a Argentaria, supone que, ni desarrollando la máxima diligencia y con los medios indagatorios propios de una empresa privada, la entidad absorbida podía racionalmente conocer la existencia de los fondos. La imputación a título de culpa a Argentaria – que implicaría la responsabilidad de BBVA en la infracción -, no puede realizarse, en mi opinión, ni aún desde la perspectiva de la culpa levísima, exigiendo una diligencia muy superior a la que normalmente se despliega en el ámbito de las transformaciones estructurales de sociedades.

Pero, lo que a mi juicio resulta muy esclarecedor, es el comportamiento de la entidad BBVA, una vez producida la fusión. Sobre tales circunstancias existe conformidad de las partes:

En septiembre del 2000, el Sr. Y. comentó al Sr. G. que había unas cuentas extracontables del anterior BBV 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 B.B.V. tenía en el extranjero, esta nueva entrevista dio lugar a que el Sr. Y. comunicara a los acusados Urrutia y Concejo 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 B.B.V. 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 B.B.V., 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. Y. habló de los contratos con ALICO.

Resulta, pues, que fueron los órganos de la nueva sociedad BBVA, las que afloraron los fondos no contabilizados y lo pusieron en conocimiento del Banco de España y la CNMV.

No puede existir juicio de reprobabilidad, en un comportamiento, que, desplegando la diligencia exigible, pone fin a una infracción voluntariamente e informa de los hechos a los órganos competentes.

Y tal comportamiento, supone, también, una profunda alteración en la voluntad social, que va más allá del simple cambio personal en los órganos de dirección, y que justifica entender que existe una desvinculación de la voluntad de la nueva entidad y de sus órganos de decisión, respecto de la entidad absorbente.

SEPTIMO: Aclarado que no puede imputarse la infracción al BBVA a título de culpa, debe examinarse si nos encontramos en alguno de los supuestos en que procede la transmisión de la sanción. Ya hemos señalado que no nos encontramos ante un caso de fraude de ley o abuso de derecho, ni en ninguno de los supuestos en los que se justifica el “alzamiento del velo”, prescindiendo de la personalidad jurídica.

Se plantean problemas en orden a la aplicación de los artículos 130.2 del CP y 40 de la Ley 58/2003, según se alega por el Sr. Abogado del Estado

El primer precepto señalado, determina:

“La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.”

Si entendemos que tal precepto consagra una responsabilidad objetiva en la transmisión de las sanciones – al margen de que el precepto plantearía serios problemas de inconstitucionalidad -, sus principios no podrían ser aplicados por tratarse de retroactividad sancionadora en perjuicio del responsable. Si entendemos que la transmisión se realizaría una vez comprobada la culpabilidad de la nueva entidad, y que la facultad de moderación concedida al Juez o Tribunal, partiría, en todo caso, de una previa constatación de la concurrencia del elemento subjetivo del dolo o la culpa, en nada se opone el citado precepto a lo dicho anteriormente.

El segundo párrafo del artículo 130.2 contempla un supuesto de fraude de ley que no es el presente caso.

El artículo 40.5 de la Ley 58/2003, establece:

“5. Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas, en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso,

hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo."

Pero respecto de este precepto, introducido por la Ley 7/2012, debe realizarse las mismas consideraciones que se han hecho respecto del artículo 130 del CP.

Admitido que no es posible, en el supuesto que nos ocupa, la transmisión de sanciones en base a un criterio de responsabilidad objetiva, resta por analizar si concurre algún otro fundamento que justifique la transmisión.

El TJUE, ha admitido, en las sentencias señaladas, la transmisión de las sanciones a la sucesora, en materia de defensa de la competencia, cuando la sociedad infractora se ha extinguido, aun cuando la nueva sociedad no hubiese participado en la infracción. Pero, en tales casos, siempre considera el hecho de que la distorsión en el mercado producido por la conducta anticompetitiva, beneficia a la sucesora, esto es, se aprovecha de los efectos de la infracción. Pues bien, en este caso, y aunque el TJUE no lo explicita, el título de la responsabilidad lo es la omisión de un comportamiento debido por dolo o negligencia, pues, una vez conocida la infracción por la sucesora, viene obligada por un elemental principio de buena fe, no ya a no aprovecharse de los efectos de la infracción, sino a promover las medidas necesarias y a su alcance, para que los efectos antijurídicos de la infracción cesen. Por lo que existe un título objetivo y subjetivo de imputación. Este título, como hemos visto, no concurre en el presente caso.

Por último, no debemos olvidar el efecto de prevención general y especial al que antes nos hemos referido. En un caso como el presente, en que es el propio BBVA el que corrige la situación, inmediatamente después de serle conocida, y la pone en conocimiento de los supervisores, aplicar una sanción, es contrario al principio de prevención general y especial, pues el efecto disuasorio de la sanción desaparece, obteniéndose el resultado inverso: incentivar la ocultación de las infracciones pues su descubrimiento voluntario trae idénticas consecuencias que su ocultación y posterior descubrimiento por las autoridades competentes, con el añadido, de que, en este último caso, existe la posibilidad de que la infracción no sea descubierta.

A mi juicio, y por las razones expuestas, y, considerando, además, que la Resolución impugnada no motiva la transmisión de la sanción, **debió estimarse el recurso con anulación de la Resolución impugnada y la sanción impuesta.**

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por la Ilmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública la sección Sexta de la Sala de Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, todo lo cual yo, el Secretario judicial, doy fe.