



Roj: **STS 1184/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1184**

Id Cendoj: **28079130032017100124**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **4213/2014**

Nº de Resolución: **460/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera Sentencia núm. 460/2017

Fecha de sentencia: 15/03/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 4213/2014 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2017 Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 6 Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca Transcrito por: Nota:

Resumen Sanción del Banco de España a BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA).- [Expdte IE/BP-1/2002] RECURSO CASACION núm.: 4213/2014 Ponente: Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMOSala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera Sentencia núm. 460/2017

Excmos. Sres. y Excmas. Sras. D. Pedro José Yagüe Gil, presidente D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat D.^a María Isabel Perelló Doménech D. José María del Riego Valledor D. Ángel Ramón Arozamena Laso

En Madrid, a 15 de marzo de 2017. Esta Sala ha visto constituida la Sección Tercera por los magistrados al margen referenciados, el recurso de casación número 4213/14, interpuesto por la Procuradora D.^a Carmen Palomares Quesada en representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 399/09, sobre sanción del Mercado de Valores. Se han personado como recurridos el Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio en representación del BANCO DE ESPAÑA; y el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 399/09 de la Audiencia Nacional, se interpuso por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, contra resolución de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 6 de mayo de 2009 que desestimó el recurso de alzada confirmando la Resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 18 de julio de 2008, en el Expediente IE/BP-1/2002, por la que se acuerda la imposición de una sanción de multa por importe de 1 millón de euros, por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 5.p) de la Ley 26/1988 en concurrencia con otra infracción grave tipificada en el artículo 5.l) de la Ley 26/1988, y que puso fin al expediente sancionador incoado, entre otros, bajo la referencia IE/BP-1/2002 a dicha entidad por acuerdo del Consejo.

En la citada Resolución del Banco de España de 18 de julio de 2008 recurrida, se había acordado:

« Por cuanto antecede, vistos los hechos que se han considerado probados y los Fundamentos Jurídicos que les son aplicables, el Consejo de Gobierno del Banco de España, a propuesta de la Comisión Ejecutiva, de acuerdo con la atribución de competencias contenida en el artículo 18 de la Ley 26/1988, de 29 de julio,



sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito , acuerda aprobar la presente resolución, poniendo fin al procedimiento, todo ello de acuerdo con la regulación contenida en esta última norma y en el artículo 21.1.i) de la Ley 13/1994, de 1 de junio , de autonomía del Banco de España, conforme al siguiente fallo: I- Imponer a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA una sanción de multa por importe de un millón de euros (1.000.000 €) prevista en el artículo 10.c) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de una infracción grave, tipificada en el artículo 5.p) de la citada Ley 26/1988 , consistente en el "incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente". (...) »

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014 cuya parte dispositiva dice textualmente:

<<1º.-DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA contra la resolución expresada en el encabezamiento de esta sentencia que confirmamos por su conformidad a Derecho.2º.- No hacer especial pronunciamiento en cuanto al pago de las costas procesales. >>

TERCERO.- Contra la referida sentencia, la representación procesal del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA) preparó recurso de casación, remitiéndose las actuaciones a este Tribunal de casación con emplazamiento de las partes. La mencionada recurrente se personó en tiempo y forma y formuló los ocho motivos de casación siguientes:

Primero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , la sentencia de la Audiencia Nacional al considerar que BBVA es responsable de los hechos sancionados, vulnera los principios de personalidad de las sanciones y de culpabilidad, el artículo 25 CE , la doctrina jurisprudencial del TJUE, del TS y del TC, en relación con los artículos 1103 , 1104 , 1911 CC , artículos 233 , 238 , 244 , 245 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aprobado por el RD-legislativo 1564/1989), en relación con la fusión de empresas, y la obligación de los accionistas de conocer las cuentas anuales de las sociedades que participan de la fusión; artículos 22 y siguientes de la ley 3/2009 ; artículos 118 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por RD-legislativo 1/2010; artículo 545 del CCo ; artículos 130.1 y 130.2 del CP y 40 de la Ley 58/2003 , en relación con la interdicción de la retroactividad de las normas penales y sancionadoras consagrada en el artículo 9 CE . Segundo.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , por vulneración del artículo 7.3 de la LDIEC, en relación con los artículos 132 LRJ, 28.1 y 9.3 CE de 1978 y 7 del RD 1398/93 , en al media en que la sentencia de la Audiencia Nacional considera que la infracción no habría prescrito. Tercero.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , al considerar la sentencia impugnada, que los hechos imputados son subsumibles en la infracción tipificada en el artículo 5.p) de la Ley 26/1988 , lo que vulnera, además de dicho precepto de la LDIEC, el principio de tipicidad y por tanto, el artículo 25 CE , los artículos 129 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre , el artículo 62.1.a) de la citada Ley 30/1992 (LRJ), así como el principio general que prohíbe la interpretación analógica o extensiva en Derecho Administrativo Sancionador, en relación con el artículo 24 de la Constitución y la jurisprudencia dictada al efecto. Cuarto.- Al amparo del art. 88.1.d) LJCA , la sentencia de la AN, al no respetar los hechos declarados probados por los Tribunales de Justicia del orden penal, vulnera el principio *non bis in idem* garantizado por el artículo 25 CE y lo establecido en los artículos 137.3 de la Ley 30/1992 , en relación con el artículo 62.1.a) de la citada Ley 30/1992 , y el artículo 24 CE , así como la jurisprudencia dictada al efecto. Quinto.- Al amparo de lo dispuesto en el art.88.1.d) LJCA , la sentencia de la AN, al considerar conforme a derecho la circunstancia de que se tramitaran y resolvieran de forma paralela y simultánea dos expedientes sancionadores, por parte del Banco de España y por parte de la CNMV, por idénticos hechos, vulnera el principio *non bis in idem* garantizado por el artículo 25 CE , en su doble vertiente procedimental y material y lo establecido en los artículos 137.2 de la Ley 30/1992 , artículo 14 de la LDIEC, así como el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 CE , en relación con el artículo 62.1.a) de la citada Ley 30/1992 , y el artículo 24 CE , así como la jurisprudencia dictada al efecto. Sexto.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , la sentencia impugnada, al no apreciar la falta de proporcionalidad en al aplicación de la sanción, vulnera el principio de proporcionalidad (ex artículo 131 de la Ley 30/1992) , el artículo 14 de la LDIEC y el artículo 10 de la misma norma . Séptimo.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , al haber valorado la sentencia de la AN la prueba obrante en los autos de instancia de forma ilógica e irrazonable, vulnerando de este modo, los artículos 9.3 y 24 CE , en relación con los artículos 317 y siguientes y 324 y siguientes de la LEC . Octavo.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , la sentencia impugnada vulnera el artículo 5.l) de la LDIEC en relación con el principio de tipicidad.

Termina suplicando, dicte sentencia por la que, estimándolo, case y anule la sentencia recurrida y dicte otra por la que se estime el recurso de instancia en los términos recogidos en el escrito de demanda y se condene en costas de la instancia y de este recurso a la Administración demandada.



CUARTO.- Admitido a trámite el recurso de casación y dado traslado para oposición, la representación procesal la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO presentó recurso de oposición al recurso de casación, mediante escrito de 29 de mayo de 2015, en el que suplicó dicte sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto con imposición de costas a la entidad bancaria recurrente.

QUINTO.- Señalándose para su deliberación y fallo el día 28 de febrero de 2017, y continuando la votación el 14 de marzo de 2017 en que ha tenido lugar, con observancia de las disposiciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia que es objeto de este recurso de casación, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional con fecha 29 de septiembre de 2014, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A» contra la resolución de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda de fecha 6 de mayo de 2009 en cuya virtud desestima el recurso de alzada contra la resolución del Consejo de Gobierno del Banco de España de 18 de julio de 2008 que había impuesto a dicha entidad una multa de un millón de euros por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra p) del artículo 5 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito.

La infracción que es objeto de la sanción que se impugna consistió en el incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de obligatoria comunicación al Banco de España por la omisión de un patrimonio final (por importe de 37.343 millones de pesetas) no registrado contablemente. Los hechos fueron calificados como infracción del los apartados 5 p) y 51 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito, si bien, con arreglo al artículo 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la potestad sancionadora únicamente se sanciona la infracción contable.

SEGUNDO.- La Sala de instancia, tras asumir los hechos probados que figuraban en la resolución sancionadora desestimó las alegaciones de la demanda correspondientes a la infracción del principio de personalidad de las sanciones y culpabilidad, la vulneración del principio *non bis in ídem*, la tipicidad de la conducta y a la existencia de dos expedientes sancionadores simultáneos (uno instruido por el Banco de España y otro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que habían abocado a resoluciones independientes), así como a la supuesta prescripción de la infracción.

La sentencia ahora impugnada de 29 de septiembre de 2014 se aparta del criterio mantenido en la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional en fecha 19 de mayo de 2010 respecto a la que nos pronunciamos en casación (STS de 16 de septiembre de 2013, RC. 5977/2010) anulando la sentencia y ordenando la retroacción de las actuaciones al no haberse respetado debidamente las formas esenciales del juicio. Y ello por cuanto la Sala de la Audiencia Nacional basó su fallo estimatorio del recurso en el principio de personalidad de las sanciones en términos que la parte actora no había suscitado, sin hacer uso del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional y sin dar oportunidad a las partes procesales de formular las alegaciones que estimaran oportunas.

La sentencia ahora impugnada de 29 de septiembre de 2014 desestima en su integridad el recurso contencioso administrativo deducido por «BBVA» con arreglo a las siguientes consideraciones jurídicas:

« 6. El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente en este recurso se fundamenta en que se ha vulnerado el principio *non bis in ídem* garantizado por el art. 25 de la Constitución Española. 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 absolutoria, no cabe sostener, como consecuencia del principio de que se trata, la prohibición genérica de un pronunciamiento administrativo sancionador, porque lo que excluye es la doble sanción y no el doble pronunciamiento. La sentencia penal absolutoria no bloquea las posteriores actuaciones administrativas sancionadoras, pero sus declaraciones sobre los hechos probados inciden necesariamente sobre la resolución administrativa (criterio que incorpora el artículo 137.2 de la Ley 30/1992 , al establecer que *"los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien"*). Así resulta de la STC 77/1983, de 3 de octubre , que pone de manifiesto que el principio *"non bis in ídem"* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto a unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y la calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, *"pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado"* (en el mismo sentido STC 25/1984, de 21 de mayo). Ahora bien, esta vinculación fáctica, no impide lógicamente que los hechos puedan ser calificados diferentemente en el ámbito de la jurisdicción penal y en sede administrativa. Esta Sala considera que no se ha violado por la Administración, en los actos administrativos impugnados, el principio invocado por las razones examinadas en este motivo de recurso. Si es preciso que concurra 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. - . Como ya hemos dicho en las sentencias precitadas 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 preceptos aplicados en los procedimientos administrativos tanto de la LMV como de la LDIEC , para comprobar la distinta tipificación y bien jurídico protegido.

Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación.

7. 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 esta 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 omite 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."

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 si mismo, es relevante el importe en el conjunto de la actividad de la entidad, es relevante la circunstancia de encontrarse los fondos fuera de España, y desde luego es relevante que todo esto no apareciese reflejado en la contabilidad. Y estos datos indudablemente serían valorados y tenidos en cuenta por un inversor razonable en el momento de adoptar una decisión de inversión, con las correspondientes consecuencias en la cotización de los valores de la entidad, y en los intereses de los inversores en general. A esto se suma que se trata de una entidad cotizada, con una importancia tanto absoluta como relativa fundamental: no sólo 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. 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 l.998, el 6,49% en l.999 y el 2,45% en el año 2000 de los recursos propios no estaban registrados contablemente, no puede constituirse en excusa absoluta o en demostración de la escasa importancia de estos porcentajes, por cuanto no consta a esta Sala en qué circunstancias se ha desarrollado el control técnico encomendado al referido organismo. De cuanto queda expuesto resulta que a juicio de este Tribunal no se ha vulnerado el principio de tipicidad ni se ha efectuado una interpretación analógica o extensiva del derecho sancionador, debiendo desestimarse este motivo de impugnación.

8 . 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 in 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, concorra 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 concurren 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 concorra. En primer lugar, porque según lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional 188/2005 analizando el art. 133 de la Ley 30/92 y el art. 5.1 del R.D. 1398/93 debe concurrir la triple identidad, y en este caso no concurre la identidad de fundamento. Si bien la recurrente sostiene que en la LMV se protege la correcta formación de precios en el mercado de valores y la protección del inversor, y en la normativa aplicada por el Banco de España el control de riesgos de insolvencia e iliquidez, evitando perjuicios para los depositantes del sistema financiero, a juicio de esta Sala hay un hecho, la ausencia en la contabilidad de los más de 37.000 millones de pesetas litigiosos, ausencia que acarrea distintas consecuencias: una en cuanto a que se trata de una empresa cotizada y en este caso en el IBEX, otra en cuanto a que se trata de una entidad de crédito. Esta doble condición le acarrea distintas obligaciones, con distintas consecuencias, algunas de las cuales no se le alcanzarían si no fuese entidad de crédito o no fuese entidad cotizada; estamos pues en presencia de dos bienes jurídicos protegidos, uno en el ámbito del mercado de valores, otro en el ámbito del sistema bancario. La actora denuncia que los mismos hechos tienen tres vertientes, una para los jueces, otra para la CNMV y otra para el Banco de España. Cada uno de los tres ha resuelto en el ámbito de sus competencias: el juez penal en su jurisdicción y considerando la ausencia de acusación, la CNMV en la protección del inversor, y el Banco de España, del sistema bancario. Precisamente las divergencias entre estos dos últimos revelan la ausencia de la denunciada infracción del *ne bis in ídem*, como la distinta valoración de las circunstancias concurrentes debe ser realizada en el ámbito de las potestades y competencias de cada uno, en función de la normativa de aplicación. Se alega igualmente la prescripción de la infracción, con fundamento en el art. 98.1 en relación con el art. 7 de



la LDIEC. El recurso se centra en que el auto de 12 de marzo de 2007 del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional habría declarado la nulidad de pleno derecho del procedimiento penal, con la conclusión es que quod nullum est nullum efectum 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.

9 . Se alega la infracción del principio de personalidad de las sanciones, cuyo examen lo separamos 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 del España refleja las conclusiones de los trabajos realizados por su servicio de inspección en relación con el origen de esos ingresos y sobre la base de la documentación suministrada por 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 Sharington (además del traspaso final a Amelan): 525.586 dólares el 1 de diciembre de 1998, 1.000.000 de dólares el 7 de julio de 1999 y 19.267.721 dólares el 27 de marzo de 2000. Los dos primeros tienen como destinataria a Concertina N.V., sociedad sobre la que 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 Sharington se traspasara a Amelan, tiene como destinatario a ALICO y como objetivo la constitución de 22 fondos de pensiones a favor de



otras tantas personas. Según D. Luis Angel , 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 Sarington, 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 Candiac (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 afloró 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 2.009; 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 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 Argentaria pudo y debió conocer estos hechos con carácter previo a la fusión.

10 . 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 del Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional 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 1.1 de la Ley 26/1988 (STS de 8.3.1993 , y STC 246/1991, de 19 de diciembre). El motivo, por tanto, no puede prosperar.

11 . Debe rechazarse, por último, la falta de proporcionalidad invocada basada en que debió aplicarse una sanción menor, (siendo así que el Banco de España le impuso de 1 millón de euros) y por no haberse tenido en cuenta las circunstancias del art. 14 de LDIEC que concurrirían para minorar la sanción impuesta, según la actora. 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 con arreglo al art. 10.c) de la Ley 26/1988 puede decirse que la sanción claramente se impuso en grado mínimo, valorando la concurrencia de todas y cada una de las circunstancias referidas en el art. 14 de la Ley 26/1988 y respetando así las exigencias del principio de proporcionalidad del artículo 131 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre del Procedimiento Administrativo Común.

12 . Procede, en consecuencia, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y confirmar la resolución impugnada por su conformidad a derecho, tal y como ya la Sala decidió en la sentencia de 15 de abril de 2014, dictada en el recurso nº 398/2009 , de contenido idéntico, en lo sustancial, al presente.»

TERCERO.- El recurso de casación formulado por «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)» consta de ocho motivos, todos ellos deducidos al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional . Antes de acometer su análisis debemos recordar que se ha deliberado conjuntamente el presente recurso de casación con el tramitado bajo el número 2078/2014 que se plantea por el BBVA contra la sanción impuesta por los mismos hechos por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, recurso de casación que se suscita en términos muy similares al presente.

En el primer motivo de casación «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)» imputa a la sentencia de instancia la vulneración de los principios de personalidad de las sanciones y de culpabilidad con infracción del artículo 25 CE y de la jurisprudencia relativa al principio de personalidad de las penas, artículos 1103 , 1104 , 1911 CC , artículos 233 , 238 , 244 , 245 y concordantes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas (aprobado por el RD-legislativo 1564/1989), en relación con la fusión de empresas, y la obligación de los accionistas de conocer las cuentas anuales de las sociedades que participan de la fusión; artículos 22 y siguientes de la ley 3/2009 ; artículos 118 y siguientes del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital , aprobado por RD-legislativo 1/2010; artículo 545 del C. Comercio , artículos 130.1 y 130.2 del CP y 40 de la Ley 58/2003 , en relación con la interdicción de la retroactividad de las normas penales y sancionadoras consagrada en el artículo 9 CE .

Parte de la premisa de que para que pueda imputarse a BBVA una determinada infracción administrativa, no basta con una posición puramente formal como sucesora de la entidad absorbida sino que esa actuación debe ser «materialmente antijurídica» por lesionar el bien jurídico protegido por esta última norma sancionadora. Afirma la compañía recurrente que la Sala vulneró el citado principio al considerarla responsable de la infracción cometida con anterioridad.

BBVA entiende que se hace caer el reproche sancionador sobre la entidad recurrente, cuando lo cierto es que esta entidad, a través de sus órganos institucionales, lejos de cometer la infracción imputada, lo que hizo fue precisamente poner la infracción en conocimiento de la autoridad regulatoria, siendo así que los hechos constitutivos de la infracción no fueron cometidos por la recurrente ni por sus cargos institucionales, sino por la entidad bancaria preexistente Banco Bilbao Vizcaya (BBV).

En el fondo, la cuestión que aquí se suscita es la de la posible transmisibilidad del reproche sancionador a la empresa resultante de un proceso de fusión o absorción, cuando el ilícito imputado ha sido cometido por una empresa que ha sido fusionada o absorbida y por ello ha dejado de existir como tal. La cuestión controvertida se centra precisamente en determinar si la entidad resultante del proceso de fusión o absorción sucede en la responsabilidad punitiva y por ende ha de asumir y cargar con el reproche sancionador derivado de la conducta de la entidad preexistente.

Pues bien, esta es una cuestión que ha sido ya abordada, en sus líneas generales, por la jurisprudencia de esta Sala, singularmente en la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (RC. 1973/2014), en la que declaramos que «*el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial*



entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones».

Cohentemente, declara esta sentencia, en relación con el caso entonces examinado, que la adquisición de una empresa por otra no supone por sí mismo ninguna modulación en los principios de culpabilidad y responsabilidad en la medida en que la entidad resultante constituya la misma unidad económica y empresarial que antes de su adquisición; sin que a ello obste el cambio de denominación, la reorganización interna o incluso el cambio de forma jurídica, modificaciones derivadas del cambio de titularidad pero que no afectan a su responsabilidad como tal empresa por la conducta desarrollada hasta ese momento. Más aún, añade esta misma sentencia que el cambio en el comportamiento de la empresa, tras la adquisición de la anterior, sin duda tiene relevancia como elemento de modulación de su responsabilidad que ha de ser valorada en tanto circunstancia atenuante de la misma por la actuación anterior -como efectivamente lo ha sido-, pero ello no significa que la empresa no haya incurrido en su etapa anterior en las conductas anticompetitivas sancionadas.

Esta doctrina impone, pues, necesariamente una ponderación casuística y circunstanciada de cada proceso de sucesión empresarial, a fin de valorar si en el caso examinado se da esa continuidad empresarial material, por encima del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador.

Pues bien, en este caso existe un dato que resalta la sentencia de instancia, ahora combatida en casación, en su fundamento jurídico noveno: que el proceso de fusión que analizamos fue realmente un proceso de absorción, de modo que la entidad BBV absorbió a Argentaria. Señala, así, la sentencia que *"en la nueva entidad, BBVA, debe entenderse que BBV ocupaba un lugar primordial por ser la entidad absorbente, manteniéndose en la misma unidad económica y de decisión "*; y añade la sentencia a continuación que la recurrente no ha desvirtuado este dato, pudiendo y debiendo haberlo hecho con arreglo a las reglas sobre carga de la prueba, de forma que no se ha aportado ninguna prueba suficiente de que BBV, como entidad absorbente, no ocupa un lugar primordial en la nueva entidad BBVA.

Esta constatación -que en cuanto ligada a la apreciación de las circunstancias fácticas concurrentes difícilmente puede ser rebatida en casación- justifica la persistencia del reproche sancionador por encima del cambio formal de la personificación societaria, y frente a él no se ha desarrollado en casación una argumentación útil que permita rebatirlo; pues no se trata de que nos hallemos ante una traslación objetiva, mecánica y acrítica, del reproche sancionador de una persona jurídica a otra -que sería contrario a los principios de personalidad y culpabilidad- sino de que la entidad resultante es, en este sentido, continuadora de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado.

Cosa distinta es que la actitud de cooperación de los nuevos gestores con la autoridad regulatoria pueda y debe tenerse en cuenta a la hora de graduar o modular la intensidad de la sanción; cuestión distinta que se plantea en los siguientes motivos de casación. Por lo demás, la alegación de que la conducta ilícita no fue realizada realmente por la entidad precedente BBV sino por personas físicas concretas administradores y directivos que actuaron -se dice- al margen de los centros de decisión de la empresa, no puede eludir la responsabilidad de dicha entidad, pues en todo caso nos hallaríamos ante una falta de diligencia de BBV en la vigilancia y fiscalización de la actuación de esos gestores que justifica el mantenimiento de la imputación. Por lo expuesto el recurso no puede prosperar.

CUARTO.- En el segundo motivo de casación se imputa a la Sala de instancia la infracción del artículo 7.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), en relación con los artículos 132 LRJ, 28.1 y 9.3 CE de 1978 y 7 del RD 1398/93, en la medida que la sentencia de la Audiencia Nacional considera que la infracción no ha prescrito.

La tesis de la recurrente, ya expuesta en la instancia, es que la suspensión acordada por el Banco de España por razón de la instrucción de las diligencias previas penales de investigación llevadas a cabo por el Juzgado de Instrucción Central número 5 de la Audiencia Nacional no fue válida ni pudo producir efecto alguno, y ello por cuanto el propio Juzgado no se limitó a archivar las actuaciones sino que acordó la nulidad del procedimiento. Considera que no es admisible que aquellas diligencias penales que a la postre se insertan en un procedimiento declarado nulo incidan en la tramitación del expediente sancionador, siendo así que ha operado la prescripción de la infracción por aplicación del artículo 7.3 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC).

No se discute en el motivo que las infracciones a la normativa aplicable sobre la prescripción ni la aplicación del artículo 7.3 LDIEC, a tenor del cual la prescripción se interrumpe por cualquier actuación penal (...) tendente a la investigación, instrucción o persecución de la infracción. Rechaza, pues, la mercantil recurrente el efecto



interrumpitivo de los actos de instrucción penal por razón de la declaración de la nulidad del procedimiento penal incluida en el Auto de fecha 12 de marzo de 2007 . La controversia, pues, se centra únicamente en dilucidar si la suspensión acordada se sustentó en una causa legal suficiente, dada la declaración de nulidad del procedimiento penal en la que aquella se basó.

El motivo no puede ser estimado pues aun cuando es cierto que el Auto de archivo de las diligencias penales de fecha 12 de marzo de 2007 declara «nulo de pleno derecho el procedimiento» , no es menos cierto, por un lado - como subraya la Sala de instancia- que el acuerdo de archivo se adopta por la ausencia de un requisito de perseguibilidad como es la falta de legitimación del Ministerio Fiscal para la persecución del delito de falsedad documental. Por otro lado, lo que resulta indudable es que en la fecha en la que se adopta el acuerdo de suspensión de la tramitación del expediente sancionador, concurría la causa prevista en el artículo 2 de la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención a las Entidades de Crédito (LDIEC), y el artículo 7 del Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora, que obligaba al órgano instructor a suspender la tramitación hasta que se dictara el correspondiente acuerdo.

De modo que concurría en ese momento una causa legal de suspensión de la tramitación del procedimiento sancionador apreciada de forma razonada y con un fundamento objetivo. Las ulteriores vicisitudes y el posterior archivo o nulidad de este procedimiento penal por la razón expuesta no desvirtúa dicha apreciación ni la causa concurrente en el momento en que se adopta la decisión de suspender que, reiteramos, venía impuesta por los reseñados preceptos al órgano instructor y que determinó que, en suma, la suspensión de la tramitación obedeciera a razones objetivas que la justificaban.

En la medida en que aquellas diligencias previas penales sobre los mismos hechos se encontraban tramitándose para esclarecer su relevancia penal es clara su incidencia a los efectos de la suspensión que aquí se debaten, por tanto, durante su tramitación operó correctamente la suspensión hasta su posterior alzamiento, lo que impide que se haya producido la prescripción que se alega. La declaración de nulidad del procedimiento contenida en el Auto no implica la desaparición *a posteriori* de todos sus efectos y consecuencias sobre el procedimiento sancionador, ni implica la nulidad de la suspensión acordada en su seno, pues, es lo cierto que la conformidad de la suspensión con el ordenamiento jurídico ha de enjuiciarse con arreglo a los datos y circunstancias entonces existentes, en el momento en el que se acordó y no en función de posteriores acontecimientos sobrevenidos.

QUINTO.- En el tercer motivo de casación se denuncia la infracción del principio de tipicidad al subsumir los hechos analizados en la conducta prevista en el artículo 5.p) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), y por tanto, del artículo 25 CE , los artículos 129 y 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el artículo 62.1.a) de la misma ley , así como el principio general que prohíbe la interpretación analógica o extensiva en derecho administrativo sancionador, en relación con el artículo 24 CE y la jurisprudencia dictada al efecto.

Aduce la sociedad recurrente, en esencia, que la infracción por la que sanciona ese precepto de la LDIEC se refiere al incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y formación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente, sin embargo -continúa en su alegato- no toda omisión contable constituye una infracción grave del artículo 5.p) de la LDIEC, siendo necesario atender a la intensidad de la infracción de la contabilidad para poder calificar la infracción de muy grave, grave o leve. Y de los hechos declarados probados en las resoluciones judiciales penales se desprende que no resultó perjuicio ni riesgo de perjuicio para el BBVA, sus accionistas o terceros ni para el interés general, y ello constituye un juicio sobre la relevancia de la omisión contable, en cuanto la misma no era idónea para causar perjuicio económico alguno y ha de considerarse como una infracción de carácter formal que no puede merecer el reproche de las infracciones graves, sino a lo sumo, de las infracciones leves.

Planteada así la cuestión que se somete a nuestra consideración en los términos señalados, conviene que comencemos por recordar los términos con los que se define el tipo infractor cuestionado.

El artículo 5.p) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), tipifica como infracción grave las siguientes:

«Son infracciones graves: (...) p) El incumplimiento de las normas vigentes sobre contabilización de operaciones y sobre formulación de balances, cuentas de pérdidas y ganancias y estados financieros de obligatoria comunicación al órgano administrativo competente.»

El tipo infractor, por consiguiente, contempla el incumplimiento de las normas de contabilización de operaciones de obligatoria comunicación sin incluir en la definición la exigencia de que con la conducta



infractora de la obligación contable se ocasione un daño o un riesgo, bien a terceros, bien a los intereses generales. En consecuencia, no cabe acoger la tesis propugnada por la parte recurrente que se sustenta, en esencia, en la inexistencia de perjuicios o riesgos derivados de la omisión contable considerada, que se acreditan a través de la declaración de hechos probados de las resoluciones judiciales firmes. La omisión que se sanciona en el presente recurso es la falta de reflejo en la contabilidad del banco de unos fondos de gran importancia que ascendían a la suma de más de 224 millones de Euros, que significaba el 6,5% de los fondos totales de la entidad a fecha 31 de diciembre de 1999, activos que, además, se encontraban fuera de España.

Del mismo modo que el art. 4.f) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito (LDIEC), define los incumplimientos contables muy graves que han de ser «de carácter esencial» de forma que «impidan conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad o del grupo consolidable o conglomerado financiero al que pertenezcan», como hemos puesto de relieve, el art. 5.p) de la Ley 26/1988 tipifica el incumplimiento de las obligaciones contables sin exigir ningún otro elemento adicional, como es el que se impida conocer la situación patrimonial o el que cause un daño o un perjuicio o un riesgo para terceros. La finalidad de la norma es exigir que las entidades de crédito lleven una contabilidad que refleje su imagen fiel, que exista un exacto íntegro y puntual registro contable de las operaciones de las entidades de crédito y de su precisa situación patrimonial, distinguiendo la tipificación entre las conductas que implican la quiebra de las obligaciones contables- como la aquí enjuiciada- y aquellas que impiden conocer la situación patrimonial y financiera de la entidad.

Constituye, en definitiva, una infracción que no es de resultado, que no incluye la producción de un resultado como consecuencia de la conducta considerada y que se perfecciona con independencia de que se llegue o no a producir un riesgo o perjuicio determinado a terceros, pues lo que se contempla es la inobservancia de las obligaciones contables, que han de remitirse al Banco de España a fin de garantizar la exactitud y el rigor de la contabilidad de las entidades de crédito, como instrumento esencial para su control y en fin, para la consecución de la solvencia de las entidades de crédito y la estabilidad del sistema financiero. Como hemos dicho, el art. 5.p) sanciona incumplimientos o inexactitudes en la contabilidad que implican la quiebra de un principio básico esencial de la veracidad de la contabilidad aquí claramente inobservado en cuanto se ha reflejado una situación diferente a la real, referida a una importante cantidad, durante un largo período de tiempo y que es consecuencia a su vez de diferentes operaciones que tampoco fueron contabilizadas.

La tipificación de la conducta infractora realizada por el Banco de España y admitida por la Sala se revela, por lo tanto, conforme con la norma invocada, pues "BBV" admite que no figuró en la contabilidad los activos de referencia. Que de este incumplimiento no derive un perjuicio o un riesgo añadido o adicional no es relevante pues no forma parte del tipo de infracción administrativa previsto en el artículo 5.p) de la Ley 26/1998 .

En fin, admitiendo que el tipo infractor contempla la incorrecta llevanza de la contabilidad de obligada remisión al órgano competente , es claro que resulta vulnerado por la inobservancia en los términos examinados, sin que, por lo demás, proceda la consideración de la infracción como leve, ex artículo 6 de la citada Ley 26/1998, LDIEC , como la parte recurrente propone, pues el criterio jurídico para estimar la concurrencia de la infracción apreciada se sustenta en la entidad de los activos omitidos, la duración de la situación de ocultación y la realización de múltiples operaciones para tal elusión.

SEXTO.- En el motivo cuarto de casación, aduce la sociedad recurrente la quiebra del principio *non bis in idem* , ex artículo 25 CE , 137.3 en relación con el artículo 62.1.a) de la de la Ley 30/2992, de 26 de noviembre, LRJPAC , el artículo 24 CE , así como la jurisprudencia dictada al efecto, al no respetar los hechos probados por los Tribunales de Justicia del orden penal.

En el desarrollo argumental del motivo se despliegan los diferentes aspectos de los que resultan la quiebra del indicado principio: por un lado, se vulnera el artículo 25 CE y 137.3 de la Ley 30/1992 , por no respetar la Orden de 18 de julio de 2008 impugnada el relato de hechos probados declarados en las resoluciones judiciales firmes del orden penal, como es que «no hubo ningún perjuicio relevante a estos efectos», y que «no hubo ningún riesgo de perjuicio relevante, para el BBVA, o para sus accionistas, inversores, terceros, ni para los intereses generales, ni en consecuencia para el mercado». En el criterio de la sociedad recurrente, las valoraciones jurídicas del alcance y efectos de la no contabilización en relación con la inexistencia de perjuicios relevantes no deben ser ignorados, sino aplicados por el órgano sancionador al valorar la conducta a efectos de su inclusión en el tipo infractor.

Pues bien, como hemos expuesto, la jurisdicción penal intervino en relación con los mismos hechos constitutivos de la base fáctica que dió lugar al inicio de actuaciones instructoras desde la perspectiva de la existencia o no de un delito de falsedad documental, y las resoluciones que allí se dictaron se limitaron a argumentar respecto de la legitimación del Ministerio Fiscal -sin entrar al fondo- y circunscribiendo sus razonamientos -en esencia- a la existencia de perjuicios de índole económica. Las únicas referencias a otro



tipo de intereses derivan de reproducir los informes periciales, sin que se entre a examinar las consecuencias de la omisión en el aspecto de los específicos intereses presentes en las entidades de crédito o en la singular función que corresponde al Banco de España.

Es en este contexto en el que ha de interpretarse el Auto de archivo de fecha 12 de marzo de 2007, que examina si hubo múltiples perjudicados a los efectos de la legitimación del Ministerio Fiscal para denunciar hechos constitutivos de un delito a los efectos del artículo 296 del Código Penal, concluyendo que no existía un perjuicio económico para BBVA, o para terceros, o los intereses generales. Así pues, es lo cierto que los hechos probados se integran en la argumentación jurídica del Auto de archivo frente a personas jurídicas y un específico delito.

Pero aun cuando se entendiera que debían servir de base a la Administración sancionadora en la medida que se refieren a los mismos hechos de la ocultación contable, es lo cierto que en las resolución sancionadora del Banco de España que aquí se impugna, no contradice lo declarado por la jurisdicción penal respecto a que de la omisión contable no existió un perjuicio económico para terceros, como se deduce de los hechos y fundamentos jurídicos de la resolución recurrida y de la subsunción de la conducta en el tipo infractor que no contempla un resultado.

Lo que late en el motivo casacional que ahora examinamos es la tesis antes expuesta que considera que en la definición del tipo infractor del artículo 5.p) de la Ley 26/1988 (como infracción grave), incide de alguna manera la inexistencia de perjuicios económicos para la entidad o sus accionistas, inversores o terceros, o para los intereses generales, lo cual ya hemos rechazado, en la medida que lo que se contempla en el tipo infractor es la quiebra del principio esencial básico de la integridad contable, que se conculca con la inexactitud contable de los activos durante largo tiempo y que afecta a la función que sobre las entidades de crédito corresponde al Banco de España.

En suma, no se conculca ni el principio de tipicidad ni el *non bis in idem* en los términos contemplados, puesto que la inexistencia de perjuicios económicos derivados de la ocultación de los activos apreciada en relación al delito de falsedad documental no resulta relevante a los efectos del enjuiciamiento de la conducta imputada al BBVA, al que se sanciona en virtud del indicado comportamiento infractor.

SEPTIMO.- En el quinto motivo de casación se denuncia la quiebra de este mismo principio de *non bis in idem*, si bien por las circunstancias de que se resolvieran de forma simultánea y paralela dos procedimientos sancionadores, uno por el Banco de España y otro por la CNMV, siempre por idénticos hechos, lo que implica -se razona en el motivo- la quiebra de los artículos 25 CE, 137.3 de la Ley 30/1992, artículo 14 de la LDIEC, así como el principio de seguridad jurídica consagrado en el artículo 9 CE, en relación con el artículo 62.1.a) de la citada LEY 30/1992, y el artículo 24 CE, así como la jurisprudencia dictada al efecto.

La tramitación conjunta de dos procedimientos sancionadores -podrían equipararse a un proceso penal- por idénticos hechos -la omisión contable-, determinan la infracción del artículo 25 CE, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 152/2001, 2/2003, y 188/2005) y STEDH. Además, desde una perspectiva material se valoran en vía procedimental los mismos hechos, la omisión contable y el grado de distorsión del principio de imagen fiel percibida por los destinatarios de la infracción, todo ello de forma diferente entre sí, sin que exista diferencia de objeto entre los procedimientos al ser su fundamento idéntico en la Ley del Mercado de Valores que en la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito, que no han actuado de forma coordinada. La quiebra de dicho principio añadiendo que además, se producen valoraciones jurídicas diferentes sobre unos hechos idénticos. En el desarrollo del motivo critica el razonamiento de la Sala de instancia de que se trata de diferentes bienes jurídicos al señalar la Audiencia Nacional que son diferentes las consecuencias en uno y otro caso: una en cuanto empresa cotizada (en el IBEX) y otra en cuanto a entidad de crédito, por cuanto serían dos bienes jurídicos protegidos diferentes: el mercado de valores y el sistema bancario.

Por último, aduce que ambas instituciones sancionadoras interpretan y aplican idéntico precepto -el artículo 14 LDIEC- de forma diferente, pues, para la CNMV concurren las circunstancias atenuantes previstas en el apartado b), c) y f) del reseñado artículo 14, mientras que para el Banco de España las circunstancias b) y c) no tienen incidencia en la conducta, existiendo una clara contradicción en la valoración de los mismos hechos y en la aplicación de las mismas normas. Esto es, ambos órganos interpretan y aplican el mismo precepto, el artículo 14 LDIEC al mismo hecho, de forma contradictoria.

Pues bien, conforme a reiterada jurisprudencia constitucional, el principio *ne bis in idem*, tiene dos vertientes. En su vertiente material o sustantiva, que el Tribunal Constitucional ha considerado parte integrante del principio de legalidad en materia penal y sancionadora (art. 25.1 CE) (STC 2/1981, de 30 de enero, FJ 4; reiterado, entre otras muchas, en las SSTC 66/1986, de 26 de mayo, FJ 2; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3; 234/1991, de 16 de diciembre, FJ 2; 270/1994, de 17 de octubre, FJ 5; 204/1996, de 16 de diciembre, FJ



2 ; y 2/2003, de 16 de enero , FJ 3), «impide sancionar en más de una ocasión el mismo hecho con el mismo fundamento»(por todas, SSTC 159/1985, de 27 de noviembre, FJ 3 ; 94/1986, de 8 de julio, FJ 4 ; 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 ; y 204/1996, de 16 de diciembre , FJ 2)» STC 2/2003, de 16 de enero , FJ 3 a) y «tiene como finalidad evitar una reacción punitiva desproporcionada (SSTC 154/1990, de 15 de octubre, FJ 3 ; 177/1999, de 11 de octubre , FJ 3; y ATC 329/1995, de 11 de diciembre , FJ 2), en cuanto dicho exceso punitivo hace quebrar la garantía del ciudadano de previsibilidad de las sanciones, pues la suma de la pluralidad de sanciones crea una sanción ajena al juicio de proporcionalidad realizado por el legislador y materializa la imposición de una sanción no prevista legalmente» por todas, SSTC 2/2003, de 16 de enero , FJ 3 a); 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 3 ; y 188/2005, de 4 de julio , FJ 2 a).

En su vertiente procesal o procedimental, en cambio, el principio *ne bis in idem* «proscribe la duplicidad de procedimientos sancionadores en caso de que exista una triple identidad de sujeto, hecho y fundamento» [STC 188/2005, de 4 de julio , FJ 2 a)], prohibición que el Tribunal ha venido poniendo «en conexión con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), a la intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la denominada cosa juzgada material» (STC 229/2003, de 18 de diciembre , FJ 3).

El motivo de casación no pudo ser acogido. Aunque las dos actuaciones imputadas a BBVA se refieren a unos mismos hechos o a la misma omisión contable de activos en el exterior y tienen en común que afectan a la transparencia y al buen funcionamiento de los mercados, ambas presentan un distinto fundamento, pues se refieren a diferentes aspectos y bienes jurídicos protegidos que por ello han sido contemplados y tipificados como infracción en dos normas legales: en el apartado ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores , y en el artículo 10. c) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito .

En el presente caso, el precepto aplicado por el Banco de España es el artículo 5 p) LDIEC, norma que contempla la conducta de BBVA como entidad de crédito, que exige la remisión a la autoridad administrativa competente de las obligaciones contables completas y precisas, que reflejen la situación real de la entidad, su evolución y todo ello con la finalidad de evitar riesgos de insolvencia o iliquidez de la entidad, la protección del sistema bancario y de los depositantes.

Por otra parte, se imputa la infracción al BBVA como sociedad cotizada por la remisión a la CNMV de información contable con inexactitudes relevantes. El bien jurídico que se protege en la LMV se refiere a la formación libre de los precios en el mercado, la transparencia y la eficiencia de los mercados cuya conculcación es potencialmente lesiva de los interés de los inversores en la toma de decisiones, así como del sistema financiero en general. A tal fin se impone a las sociedades emisoras el suministro de información económica y contable veraz y fiable de sus estados financieros a la CNMV y al mercado, siendo esta obligación de suministrar información íntegra que reflejen la imagen fiel de la situación de la sociedad esencial en toda su extensión, para la protección de los inversores y su toma de decisiones a partir de la misma, siendo, a su vez, un instrumento esencial para la supervisión de las sociedades cotizadas.

Nos hallamos ante tipos sancionadores que protegen bienes jurídicos diferenciados que se contemplan en distintas normas, ambas aplicables a la entidad bancaria recurrente, que está sometida al doble régimen de supervisión, inspección y sancionador de la LDIEC a cargo del Banco de España, en su condición de entidad de crédito y en cuanto a sociedad cotizada, sometida al régimen disciplinario de la LMV.

Consecuentemente, divergen los bienes jurídicos protegidos en cada norma aplicada, toda vez que, no es el mismo el fundamento en una y otra sanción y no son las mismas las consecuencias de la remisión de la información a la CNMV inexacta ocultando activos en la formación de las decisiones de los inversores, que alterar el riesgo de solvencia de la entidad de crédito y la función que incumbe al Banco de España, por lo que cabe concluir que es conforme a Derecho apreciar la existencia de dos infracciones autónomas y por tanto su diferenciada sanción.

En el segundo apartado del motivo se aduce la quiebra del principio *no bis in idem* por cuanto las instituciones sancionadoras interpretan de forma distinta y contradictoria- en su opinión- las circunstancias atenuantes contempladas en el mismo precepto, el artículo 14 LDIEC. Para la CNMV concurren circunstancias atenuantes b) y c) gravedad del perjuicio y ausencia de ganancias y f) subsanación de la inexactitud contable. Para el Banco de España no tienen incidencia las letras b) y c) en la conducta, y no tiene porqué atenuarse responsabilidades. Sin que -en opinión de la parte- puedan valorarse de forma contradictoria al tratarse de meros datos de hecho que una administración aplica y otra no, puesto que sí hubo perjuicios o no es un dato objetivo que debe ser analizado de forma coordinada.

Pues bien, el planteamiento de la cuestión desde la perspectiva indicada del principio *non bis in idem* no puede prosperar en la medida que la apreciación de los criterios de atenuación de la responsabilidad de forma distinta guarda relación con la correcta apreciación del principio de proporcionalidad en cada uno de los



supuestos. En la resolución sancionadora que examinamos se comprueba que se toma en consideración como criterio atenuante del artículo 14.f) LDIEC la denuncia que de los hechos hicieron los propios responsables de la entidad bancaria. Por lo demás, razona el órgano sancionador que no concurren las circunstancias de moderación contempladas en los apartados b) y c) del artículo 14 LDIEC, sobre la gravedad del perjuicio y ausencia de ganancias, exponiendo su intrascendencia en atención a la conducta infractora que, debe subrayarse, consiste únicamente en la omisión contable, sin más elementos adicionales.

Desde esta perspectiva, no se evidencia que las reseñadas circunstancias de falta de perjuicios económicos o de ganancias deban operar como atenuadoras de la responsabilidad, pues lo que se considera exclusivamente es la omisión de las normas y de las obligaciones contables. Por lo demás, la aplicación de ambas circunstancias como criterio atenuador en el expediente seguido por la CNMV por los mismos hechos, no vincula desde la perspectiva del 25 CE ni incide en la sanción que aquí consideramos, tanto por razones de tipificación (los tipos infractores contienen distintos elementos, en el que en el de la LMV incluye el carácter relevante de la omisión) como por razones de proporcionalidad (pues es claro que debe hacerse casuísticamente el juicio de ponderación) ni, en fin, de vinculación jurídica, pues no existe una interpretación contradictoria por parte de los órganos sancionadores, sino exclusivamente su aplicación o no de los criterios de atenuación en función de las singulares conductas consideradas y de las responsabilidades enjuiciadas. Por estas razones, no acogemos el motivo quinto.

OCTAVO.- En el sexto de los motivos se denuncia la infracción del principio de proporcionalidad (ex artículo 131 de la Ley 30/1992), el artículo 14 de la LDEIC y el artículo 10 de la misma norma. Se alega que la entidad BBVA procedió a la corrección y subsanación, por su propia iniciativa, de los hechos objeto del procedimiento y su comunicación a las autoridades superiores competentes. Añade a lo anterior que no se tuvieron en cuenta la completa ausencia de perjuicios económicos y de no afectación a los intereses generales concurrentes, y que el análisis de las circunstancias del artículo 14 LDEIC es claramente insuficiente, reseñando en el motivo las causas atenuantes de las previstas en los apartados a) a f) del artículo 14 LDIEC que concurren en favor de BBVA, siendo así que la incorrecta aplicación determina la cuantía desproporcionada de la multa.

El motivo no puede ser acogido. La sanción de un millón de euros impuesta por la Administración sobre la base de la infracción descrita se sustenta en la concurrencia del criterio atenuante aplicado, de subsanación de los hechos, que se analiza y se pondera de forma correcta por el órgano sancionador. A partir de los hechos probados y de que BBVA incurrió en una infracción grave del apartado p) del artículo 5 de la Ley 26/1988, y dados los márgenes para graduar la multa que correspondía, debe entenderse que la apreciación de las reseñadas atenuantes y la determinación final por parte del Banco de España de la cuantía determinada resulta acorde con el invocado principio, al fijarse dentro de los parámetros menores de la cantidad a imponer a partir de la valoración razonable de la conducta y de las circunstancias concurrentes con arreglo a las exigencias del principio de proporcionalidad.

Ha de tenerse en cuenta, por lo demás, que el criterio de atenuación consistente en la subsanación de los hechos por propia iniciativa fue tratada de forma muy extensa por el Banco de España que en la resolución sancionadora razona que opera como atenuante el hecho de haber procedido a su relativa subsanación, toda vez que «cobra especial significación la conducta de la Entidad a la hora de subsanar por su propia iniciativa el incumplimiento contable. Debe entenderse englobada en esta circunstancia la actitud colaboradora de la Entidad (...) en orden a la regularización del incumplimiento cometido y su puesta de manifiesto al Banco de España» lo cual determina la sanción en tramo inferior del legalmente previsto, que reduce a la suma de 1 millón de euros entre las posibles.

Desde esta perspectiva y habida cuenta la conducta reprochada, puede reputarse que la sanción es proporcionada a la gravedad de la infracción sin que a ello obsten las alegaciones del recurrente en su recurso. La ausencia de ganancias y perjuicios económicos como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción constituyen criterios que en el caso que ahora examinamos no vienen necesariamente a minorar la responsabilidad. La subsanación de la infracción por propia iniciativa, sí es contemplada por la Ley y en la resolución como atenuante de la responsabilidad, siendo así que su aplicación se sustenta en los hechos probados y en que fueron los propios administradores del BBVA quienes descubrieron las omisiones contables ante los órganos competentes. Por lo demás, el hecho de que la entidad financiera tuviera una relevante importancia dentro del sistema financiero español sí constituye una circunstancia que agrava la responsabilidad dado su gran tamaño cuando de los hechos y las conductas contrarias a las normas contables son aplicables a todas las entidades de crédito. Y en nada implica una doble aplicación de la circunstancia relativa a la naturaleza de la entidad, en su consideración en la tipificación de la infracción como grave y después en la aplicación del artículo 14 LDIEC, razón por la que procede la desestimación del motivo.

NOVENO.- En el motivo séptimo de casación acogido al cauce del artículo 88.1 d) LJCA se censura la sentencia impugnada al haber valorado la Sala de instancia la prueba obrante en los autos de forma ilógica e irrazonable,



vulnerando de este modo, los artículos 9.3 y 24 CE , en relación con los artículos 317 y siguientes, y 324 y siguientes de la LEC .

Sostiene la entidad recurrente que a pesar de la numerosa prueba obrante en autos la Sala de instancia no considera acreditados determinados hechos esenciales o los interpreta al margen del expediente administrativo y de la documentación incorporada, como lo demuestra de los párrafos de las sentencias que transcribe en el motivo y de los que -en su opinión- se deduce la valoración ilógica e irrazonable de las pruebas practicadas.

Se cuestiona así el resultado de la valoración de la prueba efectuada por la Sala de instancia que tilda de arbitraria, irrazonable y que conculcan las reglas de la sana crítica y de la lógica y racionalidad procesal. Sin embargo, en el desarrollo argumental del motivo no llegan a exponerse datos o circunstancias de los que propiamente se deduzca una valoración de la prueba arbitraria, irrazonable o inverosímil, sino, más bien, la queja de que la Sala no ha apreciado los hechos en la forma que la parte propone.

La sentencia recurrida analiza las diferentes pruebas incorporadas a autos, tal y como se desprende, con toda facilidad, de lo que expone a lo largo de los fundamentos jurídicos de la sentencia. Valora, por tanto, el conjunto probatorio del que deduce los hechos que considera acreditados, llegando, como consecuencia de todo ello, a la conclusión de la existencia de la infracción imputable al BBVA y la corrección de la sanción impuesta.

No estamos, por tanto, ante un supuesto de valoración irrazonable, ilógica o arbitraria por la Sala de las pruebas practicadas, sino ante una discrepancia de la parte recurrente con las conclusiones de la Sala. La valoración de la Sala no es arbitraria, errónea o irrazonable, porque descansa en la abundante prueba documental y en los diversos informes técnicos obrantes en autos que permite alcanzar las conclusiones indicadas, de modo que la discrepancia sobre la singular ponderación que la parte propone de los dictámenes aportados a sus instancia emitidos por el IESE, UAM y la Universidad de Alcalá, y del Auto de 12 de marzo de 2007 y las alegaciones sobre «el no reconocimiento de la ajenidad de Argentaria» no resultan atendibles en la medida que parte de la subjetiva consideración del alcance de dichas actuaciones y datos procesales, que no evidencian la existencia de error patente ni la arbitrariedad en los términos que la sociedad recurrente denuncia. Por las razones anteriores se desestima el motivo del recurso.

DÉCIMO.- En el octavo y último motivo de casación acogido al cauce del artículo 88.1 d) LJCA , se censura que la sentencia impugnada vulnera el artículo 5.l) de la LDIEC en relación con el principio de tipicidad. Se argumenta que en las resoluciones impugnadas se afirma que BBVA cometió, asimismo, una infracción grave de las previstas en el artículo 5.l) LDIEC -lo que la parte niega- si bien, al estar ligada con la recogida en el apartado 5.p) de la misma norma , solamente procedía la imposición de la infracción más grave cometida, considerando como tal esta última, del artículo 5.p) LDIEC.

Pues bien, esta argumentación sobre el apartado 5.l) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, LDIEC, tiene un carácter subordinado a las anteriores pues la apreciación de la infracción se subsume en la de carácter más grave contemplada en el apartado p) del mismo precepto ex artículo 4.4 del reglamento para el ejercicio de la potestad sancionadora. En todo caso, resulta procedente apuntar que las alegaciones vertidas en el recurso no desvirtúan los razonamientos contenidos en la resolución sancionadora pues es claro que la conducta del BBVA en relación a los activos en el exterior implicó la infracción de las normas de comunicación al Banco de España de operaciones entre residentes y no residentes, y claramente las comunicaciones realizadas al Banco de España en relación con los mismos fueron inexactas e inveraces, razón por la que procede el rechazo del motivo.

UNDÉCIMO .- Al declararse no haber lugar al recurso de casación, procede condenar a la parte recurrente en las costas del mismo, de conformidad con el artículo 139.2 LJCA , si bien, la Sala haciendo uso de la facultad que le confiere el apartado tercero del citado precepto, limita en la cantidad de 4.000 € el importe máximo a reclamar por cada una de las recurridas por todos los conceptos como costas procesales.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.- NO HA LUGAR al recurso de casación número 4213/14, interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), contra la sentencia de fecha 29 de septiembre de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 399/09 ,

Segundo.- Imponer a la parte recurrente las costas de su recurso en los términos precisados en el último de los fundamentos de la sentencia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm. Sra. D^a. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ