



Roj: **STS 1186/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1186**

Id Cendoj: **28079130032017100125**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **15/03/2017**

Nº de Recurso: **2078/2014**

Nº de Resolución: **459/2017**

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera Sentencia núm. 459/2017

Fecha de sentencia: 15/03/2017 Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION Número del procedimiento: 2078/2014 Fallo/Acuerdo: Fecha de Votación y Fallo: 28/02/2017 Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> 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. CN Mercado de Valores. BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA).- RECURSO CASACION núm.: 2078/2014 Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Contencioso-Administrativo Sección Tercera **Sentencia núm. 459/2017**

Excmos. Sres. y Excm. Sra. D. Pedro José Yagüe Gil, presidente D. Eduardo Espín Templado D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat D.<sup>a</sup> 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 2078/14, interpuesto por la Procuradora D.<sup>a</sup> Carmen Palomares Quesada en representación del BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 398/09 , sobre sanción del Mercado de Valores. Se ha personado como recurrido el Abogado del Estado en representación de la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El procedimiento contencioso-administrativo número 398/09, seguido ante la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, se interpuso por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, contra resolución de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Economía y Hacienda de 6 de mayo de 2009 que desestimó el recurso de reposición interpuesto por la misma, confirmando la Orden de la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de fecha 18 de julio de 2008 (notificada el día 22 del mismo mes y año), por la que se resolvió el expediente sancionador incoado a la citada entidad por Acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de fecha 22 de mayo de 2002, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , por la que se le imponía una multa de 2 millones de euros.

En la citada Orden Ministerial de 18 de julio de 2008 recurrida, se había acordado:

« Imponer al BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA SA (BBVA), por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores , por la remisión, entre los ejercicios 1996 a 2000, a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de información de carácter financiero y contable (Cuentas Anuales, información pública periódica -trimestral y semestral-



y folletos explicativos conteniendo datos inexactos, no veraces y con omisión de aspectos relevantes, en relación con un patrimonio final por importe de 37.343 millones de pesetas no registrado contablemente, MULTA por importe de 2.000.000 de euros (DOS MILLONES DE EUROS).»

SEGUNDO.- La mencionada Sala dictó sentencia de fecha 4 de enero de 2013 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 fundamento de derecho primero de esta sentencia que expresamente confirmamos. 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 el artículo 98 de la misma norma , en la medida 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 los artículos 84 , 86 y 99.ñ) de la Ley 24/1988 , del mercado de Valores (LMV), lo que vulnera, además de dichos preceptos de la LMV, 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 , y el artículo 82 , 96 y 99 de la LMV, 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 137.3 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. Sexto.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , la sentencia impugnada vulnera el principio de proporcionalidad (ex artículo 131 de la Ley 30/1992 ) , el artículo 14 de la LDIEC y el artículo 102 de la LMV. Séptimo.- Al amparo del artículo 88.1.d) LJCA , la sentencia, al considerar conforme a derecho las resoluciones impugnadas en instancia, que se apartan, sin motivarlo, del criterio seguido en actuaciones precedentes, vulnera el artículo 54 de la Ley 30/1992 , el principio de igualdad ante la Ley consagrado en el artículo 14 CE , y el principio de confianza legítima consagrado en el artículo 3 de la citada Ley 30/1992 . Octavo.- 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 .

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 13 de enero de 2015, en el que suplicó dicte sentencia desestimando el recurso de casación interpuesto con imposición de costas a la parte recurrente.



QUINTO.- Se señaló para votación y fallo el día 14 de febrero de 2017, suspendiéndose dicho acuerdo para señalamiento conjunto con el recurso de casación 4213/2014.

Señalándose para su deliberación y fallo el día 28 de febrero de 2017, y continuando la votación el 7 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 15 de abril de 2014, desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria S.A» contra la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 18 de julio de 2008, confirmada en reposición el 6 de mayo de 2009, que había impuesto a dicha entidad una multa de dos millones de euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La infracción que es objeto de la sanción que se impugna había consistido en la remisión durante los años 1996 a 2000 a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de información de carácter financiero y contable que contenía datos inexactos o no veraces y en la que se omitían aspectos relevantes en relación con un patrimonio final (por importe de 37.343 millones de pesetas) no registrado contablemente.

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, 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 la supuesta prescripción de la infracción.

La sentencia ahora impugnada (de 15 de abril de 2014) se aparta del criterio mantenido en la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional en fecha 25 de mayo de 2010 respecto a la que nos pronunciamos en casación ( STS de 11 de octubre de 2013, RC.4535/2010 ) casando la sentencia y ordenando la retroacción de actuaciones al no respetar debidamente las formas esenciales del juicio. Y ello por cuanto en dicha sentencia de 25 de mayo de 2010 la Sala de la Audiencia Nacional basó su fallo estimatorio del recurso con fundamento en la valoración del 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 aquí impugnada desestima en su integridad el recurso contencioso administrativo deducido por «BBVA» con arreglo a las siguientes consideraciones jurídicas:

«SEXTO.- El primer motivo de impugnación alegado por la recurrente se fundamenta en que se ha vulnerado el principio non bis in ídem garantizado por el art. 25 de la Constitución Española y lo establecido en el art. 137.3 de la Ley 30/92 y el art. 96 de la LMV, a la vez que vulneran el principio de igualdad al apartarse del precedente establecido en otras resoluciones recientes de la CNMV. Concreta sus alegaciones señalando que al no incorporar el hecho de que con la no contabilización de los fondos litigiosos no hubo riesgo de perjuicio alguno relevante ni para el banco ni para sus accionistas, inversores, terceros ni para los intereses generales ni en consecuencia para el mercado, la Orden vulnera el principio non bis in ídem. Pone el acento en lo que considera falta de consecuencias negativas en los mercados de valores que produjeron las irregularidades contables y que sustentaron en el procedimiento penal el no reconocimiento de legitimación al Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción penal declarado mediante auto de 12 de marzo de 2007 confirmado por auto de la Sala de lo Penal de la AN de 7 de mayo de 2007. Sostiene que tanto el juicio ex ante como ex post sobre los que debe realizarse la valoración de las irregularidades contables a fin de determinar si resultan idóneas o no para ocasionar potencialmente (ex ante) o de manera efectiva (ex post) perjuicios que justifiquen el reproche sancionador, se encuentran condicionados por lo que judicialmente se haya declarado con carácter previo como hechos probados. Si en sede judicial se ha declarado que no hay perjuicio económico o incluso que falte el riesgo de tal perjuicio no cabe que lo declare la Orden. El Tribunal Constitucional en su jurisprudencia sobre el principio in 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 sustancien"). 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. -. El delito del que se acusaba a las personas físicas no guarda la identidad requerida para que sea de aplicación el principio invocado: basta la lectura de los más arriba reproducidos arts. 99 letra ñ) LMV y el art. 290 del Código Penal . Este habla de "perjuicio económico" y aquel de "suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o que omita maliciosamente aspectos o datos relevantes". En cuanto a la vulneración del principio de igualdad por apartarse la CNMV de un precedente similar, la aplicación de este principio exige que se acredite la identidad de las circunstancias concurrentes en uno y otro supuesto, identidad que no se ha acreditado en este caso. Debe en consecuencia desestimarse este motivo de impugnación. SÉPTIMO-. El segundo motivo de impugnación encuentra su fundamento en que se ha vulnerado el principio de tipicidad garantizado por el artículo 25 de la Constitución , y el art. 129 de la ley 30/92 que prohíbe la interpretación analógica o extensiva en derecho administrativo sancionador. El artículo 127 LRJPAC establece: "1. La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas, reconocida por la Constitución , se ejercerá cuando haya sido expresamente atribuida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en este Título. 2. El ejercicio de la potestad sancionadora corresponde a los órganos administrativos que la tengan expresamente atribuida, por disposición de rango legal o reglamentario, sin que puede delegarse en órgano distinto. 3. Las disposiciones de este Título no son de aplicación al ejercicio de las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio y de quienes estén vinculados a ellas por una relación contractual". Este principio está directamente relacionado con el principio de tipicidad, regulado en el artículo 129 LRJPAC con el siguiente tenor literal: "1. Solo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del Ordenamiento Jurídico previstas como tales infracciones por una Ley. Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves. 2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley. 3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones,





ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes. 4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica". El análisis de las exigencias del principio de legalidad no es posible sin valorar las circunstancias del principio de tipicidad: en palabras del Tribunal Supremo, para que un hecho pueda ser objeto de sanción por la Administración es necesario que la infracción y consiguiente sanción estén precisamente establecidas por la Ley. La cuestión ha sido tratada anteriormente por esta Sala en sentencias confirmadas por el Tribunal Supremo, que en la sentencia de uno de Julio de dos mil cuatro, confirmando la dictada por esta Sala y Sección el día 4 de diciembre de 2000, señaló: "La Ley 23/1988, al establecer los mecanismos adecuados para lograr la adecuada supervisión del funcionamiento de los mercados de valores, no sólo diseñó un determinado aparato institucional sino que trató de proteger los intereses de los usuarios de aquellos mercados a través de la exigencia de algo tan esencial para su confianza como es la información respecto de los valores emitidos y de la actuación de las sociedades que los emiten. En diversos preceptos de la Ley se prescriben determinadas exigencias de recogida y difusión de la información, exigencias cuyo incumplimiento, en su caso, se sanciona como infracción administrativa. En su redacción primitiva el ya citado artículo 99, letra ñ), de la Ley 23/1988 sancionaba en realidad -tipificándolo como infracción muy grave- el incumplimiento del deber impuesto por el artículo 82 de la misma Ley. Este último precepto, por su parte, disponía que los emisores de valores (por lo que nos afecta, Azsa) deberían informar al público, en el más breve plazo posible, de todo hecho o decisión que pueda influir de forma sensible en la cotización de los mismos. Si el emisor consideraba que la información no debía ser hecha pública por afectar a sus intereses legítimos, debía informar inmediatamente a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que podía, si lo estimaba necesario, dispensarle de tal obligación. Desde el momento en que la Sala de instancia dio como probada la ausencia de información, por parte de la recurrente, sobre un hecho que tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores como el propio tribunal sentenciador reputaron relevante, en el sentido de potencialmente influyente en la cotización de sus valores, bien pudo aquella Sala considerar ajustada a derecho la subsunción de dicha conducta en el tan citado artículo 99, letra ñ), en relación con el también citado artículo 82, ambos de la Ley 23/1988. Para llegar a 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 omita maliciosamente aspectos o datos relevantes". Conductas que quedaban ahora tipificadas como variantes o añadidos, en su caso, al incumplimiento de la obligación de informar impuesta por el artículo 82. Esta última obligación se incumple, "antes y después de la reforma operada por la Ley 3/1994", como acertadamente afirma la Sala de instancia, si la sociedad emisora deja de informar, en concreto, sobre un hecho que resulta ser de importancia para la cotización de sus acciones." La actora considera que en la conducta sancionada no concurren los requisitos legalmente previstos para subsumirla en el tipo infractor recogido en el art. 99 letra ñ) de la Ley del Mercado de Valores y ello porque las irregularidades contables no gozan de la relevancia suficiente para poder ser consideradas constitutivas de la infracción por la que es sancionada; es por eso que a su juicio la interpretación que la Orden hace sobre el término relevancia para incluir una omisión contable en el tipo sancionador art. 99 letra ñ) de la LMV vulnera el principio de tipicidad, según su interpretación literal, sistemática y teleológica. Las resoluciones administrativas consideran probado que el Banco actor durante años remitió a la CNMV y a través de esta a los inversores y al mercado de valores, unos estados financieros en los que no figuraba contabilizado un total de 37.343 millones de pesetas, lo que vulnera el principio contable básico de integridad, según el cual todos los bienes, derechos, obligaciones, gastos y compromisos de cualquier clase que conforman la situación íntegra de la sociedad deben registrarse contablemente desde el momento en que se originen. Si la Contabilidad se define como un sistema adaptado para clasificar los hechos económicos que ocurren en un negocio con el objetivo de proporcionar información tanto a los propietarios como a los accionistas o a terceros de la realidad económica de la empresa que permita la adopción de decisiones financieras externas y de planificación y control internas, a juicio de esta Sala la omisión de esta información es relevante. Al igual que razonó la Administración, este Tribunal considera que si bien el precepto no especifica que son "datos relevantes" no se ha vulnerado el principio de tipicidad: el que una sociedad cotizada no refleje fondos por importe de 37.343 millones de pesetas, que además suponen el 6,49% de los fondos totales a fecha 31 de diciembre de 1.999, fondos situados fuera de España, descontrolados excepto por algunos administradores y directivos, es un dato relevante. Es relevante el importe en sí mismo, es relevante el importe en el conjunto de la actividad de la entidad, es relevante la circunstancia de encontrarse los fondos fuera de España, y desde luego es relevante que todo esto no apareciese reflejado en la contabilidad. Y estos datos indudablemente serían valorados y tenidos en cuenta por un inversor razonable en el momento de adoptar una decisión de inversión, con las correspondientes consecuencias en la cotización de los valores de la entidad, y en los intereses de



los inversores en general. A esto se suma que se trata de una entidad cotizada, con una importancia tanto absoluta como relativa fundamental: no solo por su tamaño a nivel nacional e internacional, sino porque presta la totalidad de los servicios financieros y de inversión presentes en el sector, con un elevadísimo número de accionistas, y cuyos valores negociados representan un importante porcentaje del volumen total negociado en los mercados de valores españoles, formando parte del Ibex 35. Tal apreciación no queda ni puede quedar alterada por un razonamiento de un acto administrativo que opta por sancionar una infracción como grave y no como muy grave (en la página 82 de la demanda se considera que si el Banco de España razona que la omisión contable no afecta significativamente a la imagen fiel no puede la CNMV considerar que la información omitida es relevante). Esta Sala no se considera vinculada por informes aportados en un procedimiento penal por peritos de parte, no aportados en estos autos, respecto de los cuales esta Sala no ha podido interrogar a los autores de los informes, que no pueden por tanto imponerse a la evidencia más arriba señalada. En cuanto a la alegada inexistencia de sanción por el ICAC a los auditores que supuestamente no detectaron la circunstancia de que el 4,02% en 1.995, el 3,68% en 1.996, el 3,62% en 1.997, el 7,37% en 1.998, el 6,49% en 1.999 y el 2,45% en el año 2000 de los recursos propios no estaban registrados contablemente, no puede constituirse en excusa absolutoria o en demostración de la escasa importancia de estos porcentajes, por cuanto no consta a esta Sala en qué circunstancias se ha desarrollado el control técnico encomendado al referido organismo. De cuanto queda expuesto resulta que a juicio de este Tribunal no se ha vulnerado el principio de tipicidad ni se ha efectuado una interpretación analógica o extensiva del derecho sancionador, debiendo desestimarse este motivo de impugnación. OCTAVO-. Se alega en tercer lugar que la tramitación y resolución paralela y simultánea de dos expedientes sancionadores a BBVA por el Banco de España y la CNMV por idénticos hechos supone la vulneración del principio non bis in ídem en su doble vertiente procedimental y material y del principio de seguridad jurídica. A juicio de la actora, en resumen, se han tramitado dos procedimientos sancionadores por los mismos hechos lo que supone la vulneración del principio non bis in ídem. La parte actora analiza las sentencias del Tribunal Constitucional 2/2003 y 152/2001, y si bien reconoce que en ambos casos se trataba de un proceso penal y un procedimiento administrativo alega que "precisamente se analizaban los supuestos en que un procedimiento administrativo sancionador resulta equiparable a los efectos del principio non bis in ídem a un proceso penal, de modo que resulte incompatible con otro proceso penal ya existente". De estas consideraciones extrae la consecuencia de que "se confirma la aplicabilidad al caso de la referida doctrina del Tribunal Constitucional". Los hechos de la sentencia 2/2003 eran los siguientes: "El demandante de amparo fue objeto de un doble procedimiento sancionador (administrativo y penal) que concluyó con la imposición de sendas sanciones por la comisión de una infracción del artículo 20.1 del Reglamento General de Circulación, fundamentada en la conducción con una tasa de alcohol en aire espirado superior a la permitida; y por la autoría de un delito contra la seguridad del tráfico del art. 379 del Código Penal." Los hechos de la sentencia 152/2001 eran los siguientes: "El demandante de amparo había sido condenado por la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife como autor de un delito contra la seguridad del tráfico, alegando el mismo - en el recurso de amparo ante el TC-, la vulneración del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora ( art. 25.1 CE ), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos hechos ya que por los mismos hechos por los que fue condenado en vía penal había sido sancionado anteriormente en vía administrativa, tras el oportuno procedimiento sancionador, por la Jefatura Provincial de Tráfico de Santa Cruz de Tenerife." La sentencia 2/2003 en la cuestión que se examina señala: "Sin embargo, tanto el art. 14.7 PIDCP, como el art. 4 del Protocolo 7 CEDH, protegen al ciudadano no sólo frente a la ulterior sanción -administrativa o penal-, sino frente a la nueva persecución punitiva por los mismos hechos una vez que ha recaído resolución firme en el primer procedimiento sancionador, con independencia del resultado "absolución o sanción- del mismo. Esta prohibición dirigida al Estado de no someter a los ciudadanos a un doble o ulterior procedimiento sancionador por los mismos hechos con el mismo fundamento, una vez que ha recaído resolución firme en un primer procedimiento sancionador - administrativo o penal-, constituye uno de los límites al ejercicio de la potestad sancionadora del Estado que la Constitución impone como inherente al derecho a ser sancionado en el marco de un procedimiento sancionador sustanciado con todas las garantías ( art. 24.2 CE ) en relación con el derecho a no ser sancionado si no es en las condiciones estatuidas por la ley y la Constitución ( art. 25.1 CE ). Poderosas razones ancladas en el principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE ) y en el valor libertad ( art. 1.1 CE ) fundamentan dicha extensión de la prohibición constitucional de incurrir en bis in ídem (...) Por consiguiente, teniendo en cuenta que del valor libertad ( art. 1.1 CE ) y del principio de seguridad jurídica ( art. 9.3 CE ) derivan límites constitucionales para todo procedimiento sancionador que integran el contenido del derecho a un proceso con todas las garantías en el ámbito administrativo sancionador ( art. 24.2 CE ), no puede negarse que en ciertos casos la substanciación de un procedimiento administrativo sancionador y un proceso penal -por los mismos hechos y con el mismo fundamento- puede ocasionar la vulneración del derecho a no ser sometido a un doble proceso, garantía ésta que comprende primeramente la interdicción de ser sometido a doble proceso penal. Sin embargo, en la regulación legal actual del procedimiento administrativo sancionador difícilmente se podrá efectuar la equiparación de ambos procedimientos en orden a determinar el alcance de dicha prohibición constitucional. En efecto, la interdicción constitucional de apertura o reanudación de



un procedimiento sancionador cuando se ha dictado una resolución sancionadora firme, no se extiende a cualesquiera procedimientos sancionadores, sino tan sólo respecto de aquéllos que, tanto en atención a las características del procedimiento -su grado de complejidad- como a las de la sanción que sea posible imponer en él -su naturaleza y magnitud- pueden equipararse a un proceso penal, a los efectos de entender que el sometido a un procedimiento sancionador de tales características se encuentra en una situación de sujeción al procedimiento tan gravosa como la de quien se halla sometido a un proceso penal. Dos son las razones que avalan esta limitación. De un lado, la lógica que impone el principio de proporcionalidad, en cuanto criterio de ponderación del contenido de los derechos fundamentales. De otro, la necesariamente matizada traslación de las garantías del proceso justo al ámbito del procedimiento administrativo sancionador. Como tiene declarado este Tribunal, las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24.2 CE son de aplicación al ámbito administrativo sancionador "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del precepto, y la seguridad jurídica que garantiza el art. 9 de la Constitución "; de modo que la traslación de las garantías del proceso justo al procedimiento sancionador no conlleva su aplicación literal "sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional" ( STC 18/1981, de 8 de junio , FJ 2; reiterado entre otras en STC 14/1999, de 22 de febrero , FJ 3), y se condiciona a que se trate de garantías que "resulten compatibles con la naturaleza del procedimiento administrativo sancionador" ( SSTC 197/1995, de 21 de diciembre, FJ 7 ; 14/1999, de 22 de febrero , FJ 3) (F.J. 8º)." La sentencia 152/2001 señala: dado que "...la vulneración del principio non bis in ídem derivada de esa duplicidad de procedimientos sancionadores, administrativo y penal (considerada como tal vulneración en la STC 77/1983, de 3 de octubre , FFJJ 2 y 4), estaba teniendo lugar desde el inicio de ambos procedimientos, y de modo indiscutible [...] desde que en el administrativo se formuló pliego de cargos. Era en ese momento, en el que inequívocamente la vulneración ya se había producido en la vertiente procedimental, cuando el demandante pudo, y por tanto debió, invocar el derecho vulnerado para procurar el remedio de la violación. El silencio del actor en el proceso penal durante el tiempo en el que la vulneración estaba teniendo lugar, y podía ser remediada, y el aplazamiento de la reacción defensiva al momento en que la sanción administrativa se había impuesto, puede encontrar explicación, que no justificación, en una táctica defensiva, consistente en tolerar la vulneración actual del principio non bis in ídem para utilizar la sanción administrativa como defensa ulterior frente a la condena penal; pero una explicación tal lo que evidencia es una manipulación de la funcionalidad del principio non bis in ídem en vez de una atendible reclamación de su respeto..." ( STC 152/2001 , FJ6). De modo que "...el análisis de la puntualidad de la invocación de la lesión no tiene que ver con el mero formalismo, sino con algo más sustantivo, como es la propia razón de ser sustancial del requisito, y con la exigencia de buena fe en el comportamiento procesal, exigencia establecida en el art. 11.1 LOPJ , con la consecuencia, impuesta en el apartado 2 del propio artículo..." ( STC 152/2001 , FJ5), que establece que "...los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal...", precepto que el TC considera de aplicación supletoria en el proceso constitucional de amparo, según lo dispuesto en el art. 80 LOTC , y, en consecuencia, inadmite el recurso de amparo. Por lo tanto, a juicio de esta Sala se está prohibiendo la doble sanción no la simultánea tramitación de dos procedimientos administrativos sancionadores, por supuesto, siempre que, lo que no es el caso, 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:(..) 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 riegos 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. NOVENO-. Se alega la infracción del principio de personalidad de las sanciones, cuyo examen lo separemos del de la vulneración del principio de igualdad ante la ley, la doctrina administrativa de los actos propios, y los principios de buena fe y confianza legítima, así como el de proporcionalidad que también invoca la actora, además de examinar la vulneración del mencionado principio, tanto como fue invocado por la Sala y tal como fue expuesto por el recurrente. En la Orden del Ministro de Economía y Hacienda de 18 de julio de 2008, en los folios 93 a 97 del expediente administrativo se describe literalmente la secuencia de los hechos como sigue: "El informe recibido del Banco 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 c/ie Sharrington se traspasara a Amelan, tiene como destinatario a ALICO y como objetivo la constitución de 22 fondos de pensiones a favor de otras tantas personas. Según D. Leoncio, 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 trus (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 aforó en sus cuentas anuales del ejercicio 2000 fondos por importe de 37.343 millones de pesetas abonados a ingresos extraordinarios y antes no registrados contablemente, "generados en ejercicios anteriores" y se indica que los efectos nocivos en la información que la entidad, como sociedad emisora de valores admitidos a cotización en Bolsas de Valores, tiene obligación de suministrar a la CNMV y al mercado en general provienen de "su no inclusión anterior".

La Constitución Española en su artículo 25 reconoce expresamente el principio de personalidad de las sanciones, y en desarrollo de este precepto el art. 130.1 de la Ley 30/92 establece: "Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos, aún a título de simple inobservancia". El Tribunal Supremo, entre otras, en la sentencia de 11 de octubre de 2006 recuerda que constituye un principio estructural básico del derecho administrativo sancionador, con cita de la STC 246/91 de 19 de diciembre, que, señala "ha de aplicarse necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas". En palabras del Tribunal Constitucional "Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz". Cita igualmente el Alto Tribunal la sentencia del Tribunal Constitucional 218/2005, de 12 de septiembre, "no sólo que el tipo infractor, las sanciones y la relación entre las infracciones y sanciones estén suficientemente predeterminados, sino que impone la obligación de motivar en cada acto sancionador concreto en qué norma se ha efectuado dicha predeterminación [...]", al identificar el fundamento legal de las sanciones impuestas que ha permitido conocer al responsable en virtud de qué concreta norma con rango legal se le sanciona." Resulta, en consecuencia, que la sanción representa el reproche de haber incurrido en una conducta ilícita que sólo es posible predicar del sujeto sancionado, y que únicamente respecto a él ha de producir efecto, de modo que el principio de personalidad de las sanciones exige que cada sujeto a quien



se atribuye una infracción responde 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 la en la nueva entidad BBVA se había producido un cambio de dirección de la empresa, que acreditase, no ya el cambio de administradores, sino el hecho de que BBV, como entidad absorbente, no ocupara un lugar primordial en la nueva entidad BBVA. Esta prueba no ha tenido lugar. 3.- Conviene tener en cuenta que conforme al Texto Refundido de la Ley de sociedades anónimas, RDL 1564/1989, de 22 de diciembre, aplicable al caso, en todo proyecto de fusión las empresas afectadas y accionistas deben conocer el estado de contabilidad de las mismas (art.238.1d ), lo cual implica que Argentaria pudo y debió conocer la existencia de fondos no contabilizados atribuibles a Banco de Bilbao y el Banco de Vizcaya, y sobre todo, en una cuantía tan importante. 4.- Por último, conviene tener en cuenta que tampoco puede decirse que Argentaria fuese ajena a la actuación realizada por Banco de Bilbao y Banco de Vizcaya en ese período de tiempo, si tenemos en cuenta que esos fondos no contabilizados procedían de las plusvalías obtenidas por la venta de acciones propias y de Argentaria. En este sentido se expresa el folio 10 de la resolución impugnada, respecto del Trust T.532 y la actora no lo ha desvirtuado. Dicha participación de BBV en Argentaria se mantuvo en 1996 y 1997, cesando en 27 de enero de 2.008. Por consiguiente, la entidad absorbida, Argentaria también pudo y debió conocer el destino de las plusvalías de la venta de sus acciones. En consecuencia, puede concluirse que en modo alguno se vulnera el principio de culpabilidad ni de personalidad de las sanciones por el hecho de imputar a la nueva entidad BBVA, la infracción realizada por BBV, consistente en la no contabilización de 37.343 millones de ptas, en la medida en que la entidad absorbida Argentaria pudo y debió conocer estos hechos con carácter previo a la fusión. DÉCIMO- También expone la actora, a la hora de considerar que se ha vulnerado el principio de personalidad de las sanciones que la entidad BBVA no puede responder de la actuación realizada por alguno de sus administradores cuando además fue la que puso en conocimiento a la demandada la existencia de los referidos fondos provenientes de BBV y su falta de contabilización. Sin embargo lo cierto es que la falta de contabilización de esos fondos en una cuantía tan importante, 37.343 millones de ptas, por si sola es lo suficientemente relevante para acreditar la falta de diligencia de dicha entidad para conocer no ya en el año 2000 sino en los años anteriores la existencia de dicha falta de contabilización. Es irrelevante que no haya existido perjuicio para los accionistas, pero lo cierto es que tal falta de contabilización y en un tiempo tan prolongado revela que por parte la entidad y con independencia de sus administradores, no ha existido un adecuado control sobre dicha contabilidad. Que el auto de 12 de marzo de 2.007 indique que esta falta de contabilidad haya tenido lugar "al margen de los controles oficiales del BBVA" no hace sino



confirmar nuestra tesis de que BBVA no ejerció control sobre esta situación, pudiendo hacerlo, y haciéndolo en todo caso, tardíamente lo que determina su falta de diligencia e imputación de la infracción conforme al artículo 102 de la LMV ( STS de 8.3.1993 , y STC 246/1991, de 19 de diciembre ). El motivo, por tanto, no puede prosperar. UNDÉCIMO- También se invoca por la actora la vulneración del principio de igualdad, art.14 de la CE , a la buena fe a los actos propios y al principio de confianza legítima ( art.3.1 de la ley 30/1992 ). Estos motivos responden al mismo fundamento con lo cual los examinaremos conjuntamente puesto que con ello se quiere poner de relieve que la CNMV en un caso que la actora considera idéntico al de autos porque no había habido perjuicio económico, como equivalente al perjuicio para el mercado, procedió al archivo del expediente sancionador (resolución de 20 de abril de 2.007). El mencionado motivo no puede prosperar, toda vez que la resolución impugnada justifica de forma clara y meridiana las razones por las cuales no nos encontramos ante los mismos supuestos. Así, en el supuesto que fue objeto de archivo se sancionó por inciso distinto del tipo del art.99 letra ñ/, el cual contempla en incisos distintos distintas infracciones con diferentes presupuestos -en función de la existencia o no de perjuicio- objeto de sanción. Y no deja de ser cierto que una resolución que no conoció la actora no puede invocarse como vulneradora de la confianza legítima cuando no ha podido inspirar su actuación ante los poderes públicos, y en este caso, ante la CNMV, sin que en ningún caso, como dice la resolución impugnada, puede invocarse una discriminación en el plano de la ilegalidad. DUODÉCIMO- Debe rechazarse por último la falta de proporcionalidad invocada basada en que debió aplicarse una sanción menor, siendo así que el Banco de España la impuso de 1 millón de euros, y ello conforme a las consideraciones del Comité consultivo, y por no haberse tenido en cuenta las circunstancias del art. 14 de LDEIC en relación con el art. 102 de la LMV y que motivarían una sanción de advertencia. Pero lo cierto es que como claramente expresa la resolución impugnada, a pesar de que fue la propia BBVA, la que por propia iniciativa procedió a la regularización de la contabilidad, a la vista de la cuantía máxima que puede llegar a imponerse, 5% de los recursos propios de la sociedad, hasta 28.770 millones de ptas la sanción impuesta no representa más de un 6% de la máxima posible, por lo que puede decirse que claramente se impuso en grado mínimo del mínimo, respetando así las exigencias del principio de proporcionalidad del artículo 131 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre del Procedimiento Administrativo Común»

TERCERO.- El recurso de casación formulado por «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria (BBVA)» se articula en 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 4213/2014 que se plantea por el BBVA contra la sanción impuesta por los mismos hechos por el Banco de España, 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 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 CComercio ; 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 cuestión 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».

Cohherentemente, 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, con independencia del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador.

Pues bien, en este caso existe un dato fáctico 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 rebatido 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 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 motivo primero del 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 el artículo 98 de la misma norma , «y de la jurisprudencia que lo interpreta [...]» 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 y ante la Comisión Nacional de los Mercados de Valores, es que la suspensión acordada por este órgano 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 y declaró 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). Como consecuencia derivada de esta premisa, «BBVA» propugna que la declaración de nulidad del procedimiento penal y el archivo de las diligencias previas impide que produzcan efectos respecto del plazo de prescripción, a tenor del artículo 7.3 de la LDIEC.

Pues bien, 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 interruptivo 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 se centra únicamente en dilucidar 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, -y 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 de los delitos 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 96 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores 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. Las ulteriores vicisitudes y el posterior archivo o nulidad de este procedimiento penal por la razón expuesta no desvirtúa la corrección de tal apreciación ni la causa concurrente en el momento en que se adopta la decisión de suspender que era obligada para el órgano y que determinó que en suma, la suspensión de la tramitación obedeciera a razones objetivas que la justificaban.

En fin, la declaración de nulidad 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 del procedimiento sancionador acordada en su seno, pues, insistimos, en el momento en el que se adoptó la suspensión los reseñados preceptos la imponían al órgano instructor por la eventual concurrencia de un ilícito penal, siendo así que la conformidad con el ordenamiento jurídico de la suspensión analizada debe ser enjuiciada con arreglo a los datos y circunstancias concurrentes en el momento de su acordó y no con arreglo a las posteriores vicisitudes del procedimiento penal.

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 los artículos 84, 86 y apartado ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, del Mercado de Valores, y ello por faltar el elemento de la relevancia que incluye la definición de la infracción.

Aduce «BBVA» que su actuar (esto es, el hecho de la omisión en la contabilidad de los activos reseñados) no encaja en el tipo infractor que se ha aplicado, el previsto en el apartado ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

La tesis de BBVA consiste en que la infracción muy grave del reseñado precepto infractor no se refiere a la ocultación o inexactitud de cualquier información contable suministrada por un emisor a la CNMV sino que requiere como elemento necesario del tipo que tal ocultación o inexactitud alcance un grado de «relevancia suficiente» para afectar potencialmente o poder afectar a las decisiones de los inversores sobre los valores afectados.

Afirma la parte, desde este presupuesto, que las irregularidades de la contabilidad del BBV- ya convertida en BBVA- fueron corregidas por la propia entidad, no supera el umbral de relevancia y no son merecedoras del reproche sancionador alegando, que la ausencia de relevancia fue declarada por las resoluciones judiciales penales y, también en la resolución del Banco de España dictada el 18 de julio de 2009, amén de los informes periciales aportados a autos elaborados por la UAM, la Universidad de Alcalá y el IESE de las que se desprende «que no resultó perjuicio económico o riesgo de perjuicio económico para BBVA, sus accionistas, terceros o el interés general.»

La cuestión clave que se suscita se ciñe a determinar si la irregularidad en la información contable por parte del BBV fué «suficientemente relevante» para su subsunción en el tipo del apartado ñ) considerado.



Que «BBV» realizó una clara omisión de sus deberes contables es algo que la propia entidad admite de modo expreso, y también lo es -como se desprende de lo actuado- la relevancia de esta conducta, no sólo por la importancia de los activos en el exterior, sino también por lo que implica la ausencia de una importante información veraz al público, a sus accionistas y a los potenciales inversores, tal como venía obligada en cuanto sociedad de capital cotizada en Bolsa.

Como señalamos en la Sentencia de 1 de julio de 2004, (RC. 1429/2001 ) 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.

La redacción del artículo 99, letra ñ), de la Ley 23/1988 contempla como conducta constitutiva de infracción el «suministro a la Comisión Nacional del Mercado de Valores de datos inexactos o no veraces, o la aportación a la misma de información engañosa o se omita maliciosamente aspectos o datos relevantes» y es en este precepto en el que se subsume la conducta de la entidad recurrente, al considerar probada la omisión contable sobre un hecho que tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores como el propio tribunal sentenciador reputaron relevante.

El carácter relevante de la inexactitud contable se justifica por las razones que se exponen en la resolución de la CNMV -que acude a las normas técnicas de auditoría aprobadas por el ICAC- que la Sala de instancia confirma, de las que se desprende una valoración cuantitativa y cualitativa de la omisión contable de los activos y de su trascendencia en cuanto implica la alteración de un aspecto significativo de la sociedad que distorsiona la imagen fiel del patrimonio y su real situación financiera. En el año 1999 el importe de los fondos no integrados suponía el 6,49% de los fondos propios individuales del BBV, fondos que provenían de transacciones con partes vinculadas y no declaradas, situación que se prolongó durante varios años, tratándose además de una entidad cotizada de gran importancia y presencia en los mercados de valores y financieros a nivel nacional y europeo.

Así pues, el suministro de información inveraz en relación a importantes activos en el exterior distorsionó la imagen real de la situación patrimonial de la entidad bancaria, afectando a la transparencia de los mercados, a la formación de precios, a los inversores y a su toma de decisiones. La Sala de instancia, pues, no interpretó de forma extensiva o in malam partem del artículo 99 ñ) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores . El término controvertido no es asimilable -como se aduce en el motivo- a la ausencia de un perjuicio o riesgo de perjuicio económico según declaran las resoluciones judiciales penales. La consideración de relevante no exige un concreto y determinado resultado de perjuicio económico a los accionistas o inversores, cuando lo que se valoran son los datos que se refieren a la naturaleza y características de los activos omitidos, la infracción de las normas contables y la trascendencia de la inexactitud en los estados financieros del banco que se transmiten al órgano supervisor, que afecta a la formación de precios y a las decisiones de los inversores. La tesis sostenida en la demanda es artificiosa en cuanto sugiere un distanciamiento entre la falta de reflejo contable y los perjuicios económicos derivados de esta ocultación. Por contra, resulta razonable el criterio del órgano sancionador y de la sala de instancia que a la vista de los inequívocos datos y pruebas existentes consideran que la información no contabilizada resulta relevante en sí misma, por tratarse de importantes activos que se situaban en el exterior y que permanecieron en dicha situación durante varios años.

La alegación de la parte de la falta de relevancia se sustenta además de en la falta de relevancia económica -que ya hemos descartado- en los dictámenes periciales aportados al proceso, de los que en su opinión se desprende que las omisiones contables no fueron relevantes en la medida que no impedían que las cuentas anuales reflejaran la imagen fiel del patrimonio y resultados de la entidad bancaria. No obstante, no puede ser acogida tal alegación pues parte de la subjetiva interpretación de los datos contables de dicha entidad que no desvirtúan los extensos y completos razonamientos en los que se sustenta la resolución sancionadora que incluye un análisis detallado de la trascendencia de la inexactitud contable y de las consecuencias de la omisión.

Cabe recordar que el artículo 13 de la Ley del Mercado de Valores establece como función de la CNMV velar por la transparencia de los mercados de valores, la correcta formación de los precios y la protección de los inversores, fines para cuya consecución promueven la difusión de cuantos instrumentos se requieran para asegurar la consecución de esos fines. La legislación bursátil establece una serie de obligaciones a las entidades emisoras de valores que se negocian en los mercados que están obligadas a proporcionar una información clara y fiel que sirve de base para la toma de decisiones de inversión.



En fin, las afirmaciones de la sociedad recurrente en torno al principio de tipicidad podrían ser más o menos apropiadas para una situación en que se tratara de otro tipo de omisiones, pero este no es el supuesto de autos, como se demuestra por los elementos de juicio antes expuestos, a tenor de los cuales la omisión de la información cumple los elementos del tipo infractor apreciado, incluido el carácter «relevante» como bien se expone en la resolución sancionadora.

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 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, LRJPAC , y los artículos 82 , 96 y 99 de la Ley del Mercado de Valores , 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.

En el desarrollo argumental del motivo se despliegan los diferentes aspectos por los que resulta 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 el hecho que «no hubo ningún perjuicio relevante a estos efectos», y que «no hubo ningún riesgo de perjuicio relevante, para el BBVA, para sus accionistas, inversores, terceros, ni para los intereses generales, ni en consecuencia para el mercado». En el criterio de la recurrente, las valoraciones jurídicas del alcance y efectos de la no contabilización de los datos en relación con la inexistencia de perjuicios relevantes no deben ser ignorados, sino aplicados al valorar la conducta a efectos de su inclusión en el tipo infractor.

Pues bien, como hemos expuesto, la jurisdicción penal intervino en atención a 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, limitándose a razonar sobre la legitimación del Ministerio Fiscal para actuar, circunscribiendo sus argumentos -en esencia- a la existencia o no de perjuicios de índole económica. Las únicas referencias a otro tipo de intereses se refieren a reproducir los informes periciales sin entrar a examinar las consecuencias de la omisión en el aspecto de los intereses presentes en los mercados de valores o en la función que corresponde a la CNMV.

Es en este contexto en el que en el Auto de archivo de fecha 12 de marzo de 2007 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. Hay pues, una declaración del orden penal sobre la ausencia de acusación particular legítima en relación a la conducta de determinadas personas físicas por un concreto delito de falsedad documental y es en esta singular argumentación en la que se inserta la afirmación de que no existió un daño económico valorable para la sociedad o para terceros.

Pero aun cuando se entendiera que tales hechos debían servir de base a la Administración sancionadora en la medida que se refiere a los misma ocultación contable, es lo cierto que la resolución de la CNMV que aquí se impugna, ha considerado de forma coincidente que de la ocultación contable no existió un perjuicio para económico para terceros y así se recoge en los hechos y fundamentos jurídicos de la resolución recurrida, que llega a aplicar tal circunstancia - la falta de perjuicios económicos- como atenuante de la responsabilidad.

En suma no se conculca el principio non bis in idem en los términos contemplados puesto que la inexistencia de perjuicios económicos derivados de la ocultación de los activos apreciada respecto a determinadas personas físicas y en relación al delito de falsedad documental no es contradicha en las resolución sancionadora de la CNMV que parte de la inexistencia de perjuicios económicos y que sanciona en virtud de un diferente bien jurídico protegido.

SÉPTIMO.- En el quinto motivo de casación se denuncia la quiebra de este mismo principio de non bis in idem, esta vez por la circunstancia 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 vulneración 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.

Afirma la parte que la tramitación conjunta de dos procedimientos sancionadores por idénticos hechos -la omisión contable-, determinan la infracción del artículo 25 CE , por 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 percibida por los destinatarios de la infracción, todo ello de forma diferente entre sí, sin que exista diferencia de objeto entre los procedimientos siendo 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. 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 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).

Con arreglo a la doctrina constitucional expuesta, el motivo 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 del mercado de valores y la toma de decisiones de los inversores, ambas presentan un distinto fundamento, pues se refieren a aspectos y bienes jurídicos protegidos diversos que por ello han sido contemplados y tipificados como infracción en distintas normas legales: en el apartado ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988 del Mercado de Valores , y en el artículo 5.p) de la Ley 26/1988, de 29 de julio, sobre Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito .

En el presente caso, se imputa la infracción al BBVA como sociedad cotizada por la remisión a la CNMV de información contable con inexactitudes relevantes o la omisión de aspectos o datos relevantes. Como se indica por la Sala de instancia lo que se sanciona en el primero de los preceptos de la Ley del Mercado de Valores es el suministro de datos inexactos o no veraces o la omisión de aspectos o datos relevantes a la CNMV, con arreglo al artículo 13 de la Mencionada Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores . El bien jurídico que se protege se refiere a la correcta formación de los precios en el mercado, la integridad, transparencia y la eficiencia de los mercados que exige el respeto del principio de integridad contable básico y la protección de los inversores, cuya conculcación es potencialmente lesiva de los intereses de éstos así como del sistema financiero en general. Por ello, corresponde a las sociedades emisoras el suministro de información económica y contable veraz y fiable de sus estados financieros a la CNMV y al mercado, obligación de suministrar información íntegra que refleje la imagen fiel de la sociedad en toda su extensión, siendo un instrumento esencial para la supervisión de las sociedades cotizadas.

Por su parte, en el precepto aplicado por el Banco de España, el artículo 5.p) LDIEC la norma sanciona la conducta del BBVA como entidad de crédito, que exige la remisión a la autoridad supervisora de la completa información sobre la situación de la entidad financiera, su evolución y el conocimiento de las operaciones que incrementan los riesgos de insolvencia o falta de liquidez, todo ello con la finalidad de evitar riesgos de insolvencia o iliquidez de la entidad, la protección del sistema bancario y en fin, los perjuicios para los depositantes.

Nos hallamos en este caso ante distintos tipos sancionadores que protegen bienes jurídicos diferenciados que se contemplan en diferentes normas, ambas aplicables a la entidad bancaria recurrente, que está sometida al doble régimen de supervisión, inspección y sancionados 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, los bienes jurídicos protegidos en cada norma aplicada son distintos y no presentan el mismo el fundamento en una y otra sanción, por lo que cabe concluir que es conforme a Derecho apreciar la existencia de dos infracciones 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 CNMC concurren circunstancias atenuantes del artículo 14.b) y c) gravedad del perjuicio y ausencia de ganancias y f) la subsanación de la inexactitud contable. Para el Banco de España no tienen incidencia las letras b) y c) entre otras, en la conducta sancionada, y no tiene porqué atenuarse responsabilidades. Sin que -continúa la parte- puedan valorarse de forma contradictoria dichas circunstancias por tratarse de un mero dato de hecho que una administración sancionadora aplica y otra no, puesto que sí hubo perjuicios o no es un dato objetivo que debe ser realizado de forma coordinada.

Pues bien, el planteamiento de la cuestión desde la perspectiva indicada del principio non bis in idem no puede prosperar en cuanto la apreciación de las circunstancias de atenuación de la responsabilidad de forma distinta guarda relación con la correcta apreciación del principio de proporcionalidad, siendo así que lo que se denuncia en el motivo es que en la sanción del Banco de España no se ha valorado de forma coincidente los criterios moderadores que sí se aplican como atenuantes por la CNMV. Por ende, tal cuestión tendrá que examinarse con ocasión del recurso de casación formulado contra la resolución sancionadora del Banco de España y la apreciación correcta a o no del precepto invocado en aquella ocasión, y no en relación a la resolución que aquí nos ocupa, en la que la CNMV procede precisamente a minorar la responsabilidad de la entidad bancaria BBVA en función de los criterios contemplados en los apartados b) y c) del artículo 14 LDIEC, sobre la gravedad del perjuicio y la ausencia de ganancias. 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), del artículo 14 de la LDEIC y del artículo 102 de la LMV. 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 los criterios de atenuación previstos en los apartados a) a f) del artículo 14 LDIEC que concurren en favor de BBVA, siendo así que su incorrecta aplicación determina la cuantía desproporcionada de la multa.

La discrepancia de la sociedad recurrente, en este sexto motivo, con las correlativas afirmaciones del tribunal de instancia sobre la aplicación del artículo 14 LDIEC comienzan por disentir de aquél en lo que concierne a la aplicación de la circunstancia de la subsanación que a su entender que tenía mayor relevancia que la otorgada por la CNMV y de la necesaria aplicación de las demás circunstancias de atenuación de los demás apartados de dicho precepto, así como la no consideración como tal de la agravante de la entidad del banco, ya tenida en cuenta para determinar la relevancia de la conducta a efectos de la subsunción de la conducta en el tipo infractor.

El motivo no puede ser acogido. La sanción de dos millones de euros impuesta por la Administración sobre la base de la infracción descrita se sustenta en la concurrencia de las atenuantes aplicadas, que se analizan y se ponderan de forma correcta por el órgano sancionador. A partir de los hechos probados y de que BBVA incurrió en una infracción muy grave, 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 de la Comisión del Mercado de Valores de la suma fijada, dentro de los parámetros menores de la cantidad máxima a imponer, fué efectuada 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 la circunstancia de atenuación consistente en la subsanación de los hechos por propia iniciativa y la colaboración de la entidad bancaria es considerada como circunstancia moderadora por la Comisión del Mercado de Valores que describe como atenuante «el hecho de haber procedido a su relativa subsanación, toda vez que fue la propia entidad quien dio noticia de los hechos a los organismos supervisores». A lo que añade la falta de ganancias y de perjuicios económicos, correlativos lo cual determina la sanción en un grado muy inferior a la del máximo posible, que reduce a la suma de 2 millones de euros.

Desde esta perspectiva y habida cuenta la conducta reprochada, puede reputarse que la sanción es proporcionada a la gravedad de las infracciones. La circunstancia de la subsanación por iniciativa propia se sustenta en el hecho probado de que fueron los propios administradores del BBVA quienes descubrieron las omisiones contables ante los órganos competentes, lo cual constituye una espontánea y voluntaria conducta de colaboración que se pondera de forma muy favorable comportando una importante atenuación en el reproche sancionador y en la determinación de la sanción que se impone dentro de los parámetros menores de la multa, como se razona en la resolución impugnada. La ausencia de ganancias y perjuicios económicos como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción se reconocen de forma específica



como factores que aminoran en este caso la responsabilidad. Las demás circunstancias invocadas no resultan suficientemente acreditadas y responden a la subjetiva interpretación de su incidencia en la infracción. Por lo demás, el hecho de que la entidad sancionada tuviera una relevante importancia dentro del sistema financiero español si constituye una circunstancia que agrava la responsabilidad dado su gran tamaño y presencia en el mercado español, sin que tampoco en este extremo se aprecie que dicha circunstancia haya sido valorada doblemente como afirma el motivo, que por lo expuesto ha de ser rechazado.

NOVENO.- En el motivo séptimo del recurso se denuncia la quiebra del artículo 54 de la Ley 30/1992, al considerar la sentencia conforme a derecho la resolución sancionadora impugnada en instancia, que se aparta sin motivarlo del criterio anterior seguido, del principio de igualdad ante la Ley ( artículo 14 CE ) y de confianza legítima ( artículo 3 de la citada Ley 30/1992 ).

Parte en el motivo de la decisión de archivo de las actuaciones penales por la Audiencia Nacional, dado que no había habido perjuicio económico a la entidad o a sus accionistas Argumenta que la CNMC había iniciado un expediente sancionador por presunta infracción del artículo 99, letra ñ) de la LMV, «por no haber divulgado la sociedad cotizada como hecho relevante la operación vinculada que constituyó el objeto del proceso penal». El expediente se suspendió por prejudicialidad penal y fue reanudado una vez ganó firmeza la resolución judicial antes citada y dicho expediente, fue posteriormente archivado por resolución de la Comisión Ejecutiva de la CNMV de 20 de abril de 2007 entre otras razones, por no apreciar la presencia de un perjuicio grave para el mercado como elemento del tipo infractor. Así mismo, en relación con lo anterior, destaca la parte la vulneración en la que en su opinión incurre la sentencia impugnada del principio general de protección de la confianza legítima, consagrado en el artículo 3.1 de la LRJPAC, íntimamente vinculado a la doctrina de los actos propios. Cita jurisprudencia constitucional de la que concluye que toda actuación realizada por la Administración concedente genera una confianza legítima en los sujetos a los que va dirigida, que ha de ser debidamente respetada ( STS de 14 de abril de 1994 y de 8 de junio de 1990 ).

El motivo no puede tener favorable acogida. El expediente sancionador precedente de la CNMV que se invoca como término de comparación para considerar la quiebra del principio de igualdad y de confianza legítima se refería -como la parte indica- a otra diferente infracción y precisamente fue archivado entre otros, por la ausencia de perjuicio grave, al igual que lo declarado por la jurisdicción penal. Por consiguiente, el criterio mantenido en el aludido expediente sancionador que culminó con en el archivo no resulta idóneo ni válido como término de comparación en la medida que se refiere a una infracción diferente a la que ahora analizados que se integra con distintos elementos y distintos a los que motivan la presente sanción, por ello la alegación resulta inviable y tampoco permite extraer las consecuencias que se aducen en relación al principio de confianza legítima ( SSTS de 27 de mayo de 2014, RC 2426/2011, de 30 de abril de 2015, RC 2790/2012, de 24 de septiembre de 2015, RC. 725/2013, de 23 de noviembre de 2016, RC 1048/2016 y 28 de noviembre de 2016, RC. 699/2016, entre otras).

DÉCIMO.- En el octavo y último motivo 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, 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 al proceso 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 que permite alcanzar las conclusiones indicadas. De modo que la discrepancia sobre la singular ponderación que la parte propone de los dictámenes aportados a su 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 particular 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.

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 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 2078/14, interpuesto por el BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA (BBVA), contra la sentencia de fecha 15 de abril de 2014 dictada por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 398/09,

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.a Sra. D<sup>a</sup>. María Isabel Perelló Doménech, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.