

## SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 11 DE OCTUBRE DE 2013

**Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª**

**Recurso nº:** 4535/2010

**Ponente:** D. Manuel Campos Sánchez-Bordona

**Acto Impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Sexta, de 25 de mayo de 2010.

**Fallo:** Estimatorio

En la Villa de Madrid, a once de Octubre de dos mil trece.

Visto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en su Sección Tercera por los Magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 4535/2010 interpuesto por la ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO, representada por el Abogado del Estado, contra la sentencia dictada con fecha 25 de mayo de 2010 por la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en el recurso número 398/2009, sobre sanción en materia del mercado de valores; es parte recurrida "BANCO BILBAO VIZCAYA ARGENTARIA, S.A.", representada por la Procurador D<sup>a</sup>.C.P.Q.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." interpuso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el recurso contencioso-administrativo número 398/2009 contra la Orden del Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda de 18 de julio de 2008, confirmada en reposición el 6 de mayo de 2009, que en el expediente sancionador incoado a "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (BBVA) resolvió:

"Imponer a Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (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 informativos) 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.-** En su escrito de demanda, de 5 de enero de 2010, la entidad recurrente alegó los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos y suplicó que se dictase sentencia "estimatoria del presente recurso por la que:

1. Declare no ser conformes a Derecho y anule las resoluciones recurridas:

a) La resolución de fecha 6 de mayo de 2009, dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda en virtud de la delegación de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda, por cuya virtud se desestima el recurso de reposición interpuesto por BBVA contra la Orden del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, de 18 de julio de 2008, por la que se resolvió el expediente

sancionador incoado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordando imponer a BBVA, por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una sanción de multa por importe de dos millones de euros; y

b) La citada Orden confirmada en reposición por la anterior, dictada por el Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, con fecha 18 de julio de 2008, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordando imponer a BBVA, por la comisión de una infracción grave tipificada en la letra ñ) del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, una sanción de multa por importe de dos millones de euros.

2. Subsidiariamente, para el solo caso de que se considere procedente imponer alguna sanción a BBVA por los hechos objeto de las resoluciones recurridas, se declare la invalidez de las mismas y la consiguiente reducción de la sanción a imponer a BBVA a su mínima expresión, consistente en amonestación".

**Tercero.-** El Abogado del Estado contestó a la demanda por escrito de 5 de febrero de 2010, en el que alegó los hechos y fundamentación jurídica que estimó pertinentes y suplicó a la Sala que dictase sentencia "por la que se desestime el presente recurso, con imposición de costas a la parte recurrente".

**Cuarto.-** No habiéndose solicitado el recibimiento del pleito a prueba y evacuado el trámite de conclusiones por las representaciones de ambas partes, la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional dictó sentencia con fecha 25 de mayo de 2010, cuya parte dispositiva es como sigue: "FALLAMOS: Que debemos estimar y estimamos el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación procesal de Banco Bilbao Vizcaya Argentaria contra la Orden de 18 de julio de 2008 descrita en el fundamento jurídico primero de esta sentencia, la cual anulamos por no ser conforme a derecho. Sin efectuar condena al pago de las costas."

**Quinto.-** Con fecha 1 de octubre de 2010 el Abogado del Estado interpuso ante esta Sala el presente recurso de casación número 4535/2010 contra la citada sentencia, al amparo de los siguientes motivos:

Primero: al amparo del artículo 88.1.c) de la Ley Jurisdiccional por infracción "de los artículos 33.1 y 2 y 65.2 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa así como de la jurisprudencia dictada en su aplicación representada por las sentencias de las que a lo largo de la exposición del motivo se hará cita".

Segundo: al amparo del artículo 88.1.d) de la Ley Jurisdiccional por infracción del "artículo 25.1 de la Constitución en relación con la jurisprudencia representada por las sentencias de las que se hará cita".

**Sexto.-** Por escrito de 28 de febrero de 2011 "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." se opuso al recurso y suplicó "sentencia por la cual:

(1) Declare no haber lugar al recurso, confirmando en todos sus extremos la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de mayo de 2010.

(2) Subsidiariamente, y caso de casarse y anularse dicha sentencia por el primer motivo, que es el de naturaleza formal que se encuentra referido en el apartado c) del art. 88.1 de la LJCA -no haber abierto el trámite de audiencia del art. 33-, acuerde, conforme al art. 95.2.c), la conservación de todo lo actuado en la instancia hasta el momento anterior al de dictar sentencia y ordene la devolución de los autos a la Sala sentenciadora para que subsane dicho efecto -esto es, abra el citado trámite de audiencia- y dicte nueva sentencia.

(3) Subsidiariamente a lo anterior, y caso de casarse y anularse dicha sentencia por el motivo referido en el apartado d) del citado art. 88.1 de la LJCA, y por ende dictarse una nueva sentencia de fondo, resuelva, por las razones expuestas en este escrito, estimar el recurso contencioso-administrativo, declarando la disconformidad a derecho de la Orden del Excmo. Sr. Vicepresidente Segundo del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, de fecha 18 de julio de 2008, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado por acuerdo del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, acordando imponer a 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, una sanción de multa por importe de dos millones de euros, así como de la resolución de fecha 6 de mayo de 2009, dictada por el Secretario General Técnico del Ministerio de Economía y Hacienda en virtud de delegación de la Vicepresidenta Segunda del Gobierno y Ministra de Economía y Hacienda, por cuya virtud se desestimó el recurso de reposición interpuesto por BBVA contra la citada Orden y, por ende, acordando su nulidad. Y ello en los términos del art. 95.2.d) de la LJCA".

**Séptimo.-** Por providencia de 28 de mayo de 2013 se nombró Ponente al Excmo. Sr. Magistrado D. Manuel Campos Sánchez-Bordona y se señaló para su Votación y Fallo el día 8 de octubre siguiente, en que ha tenido lugar.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. **MANUEL CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA**, Magistrado de la Sala

## **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 25 de mayo de 2010, estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." y anuló 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 sancionada había consistido en remitir a la Comisión Nacional del Mercado de Valores entre los ejercicios 1996 a 2000 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 declarar probados los hechos que como tales figuraban en la resolución administrativa y exponer los que pretendía añadir "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." (fundamento jurídico cuarto de la sentencia), rechazó argumentadamente en los fundamentos jurídicos sexto, séptimo y octavo de dicha sentencia las alegaciones de la demanda correspondientes a la aplicación del principio *ne bis in idem*, a la tipicidad de la conducta y a la existencia de dos expedientes sancionadores simultáneos (uno instruido por el Banco de España y otro por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, que habían abocado a resoluciones independientes), así como a la supuesta prescripción de las infracciones.

Es en el fundamento jurídico noveno de la sentencia cuando la Sala de instancia acomete el análisis de las alegaciones de la demanda relativas a "la infracción del principio de personalidad de las sanciones, con violación del principio de igualdad ante la ley, la doctrina administrativa de los actos propios, y los principios de buena fe y confianza legítima". Y lo hace introduciendo una motivación para anular el acto impugnado que -como inmediatamente analizaremos- ni correspondía a las efectuadas por la demandante ni respecto de ella había sido oída la demandada. En síntesis, dicha motivación consistía en afirmar que la sociedad recurrente (que procedía de la fusión entre el Banco Bilbao Vizcaya y Argentaria) "como persona jurídica que es no puede ser declarada responsable de las infracciones cometidas por BBV y Argentaria".

**Tercero.-** La sentencia ahora impugnada (de 25 de mayo de 2010) sigue la misma línea argumental, en este punto, que la dictada por la Sala de la Audiencia Nacional pocos días antes (el 19 de mayo de 2010) en la que también estimó el recurso de "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." contra la resolución final del "otro" expediente sancionador al que se aludía anteriormente, esto es, el tramitado por el Banco de España en el que la multa impuesta (de un millón de euros) lo fue por vulnerar la normativa específica de las entidades de crédito, no la relativa a las sociedades cotizadas.

Pues bien, en nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2013 hemos dado lugar al recurso de casación número 5977/2010 interpuesto por el Abogado del Estado y por el Banco de España (entidad que había sido parte en el proceso) y hemos casado la sentencia de 19 de mayo de 2010 al estimar que la Sala de la Audiencia Nacional no respetó debidamente las formas esenciales del juicio. Aunque los dos procesos de instancia difieren en lo que respecta a la intervención de la Abogacía del Estado, la razón

de decidir de nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2013 podrá aplicarse a este litigio, como también razonaremos en su momento.

**Cuarto.-** Las consideraciones expuestas en nuestra sentencia de 16 de septiembre de 2013 que, *mutatis mutandis*, podrán ser igualmente extensibles al presente recurso de casación son las que siguen:

"[...] La estimación del anterior motivo del recurso de casación del Abogado del Estado no nos impide examinar también el primer motivo del recurso formulado por el Banco de España, coincidente con el segundo motivo del propio Abogado del Estado. La razón es que en ambos motivos se denuncian infracciones procesales diferentes a la ya discutida ausencia del Abogado del Estado y compatibles con ella, de forma que la retroacción de actuaciones y la nueva tramitación del procedimiento podría dar lugar a la reiteración de la infracción denunciada en estos dos motivos, caso de existir, lo que hace conveniente su examen.

Lo que se objeta en ambos motivos es que la Sala de instancia ha resuelto en virtud de una razón -la personalidad e intransmisibilidad de las infracciones administrativas cometidas por las personas jurídicas- que no había estado en el debate, sin haber hecho uso del preceptivo planteamiento a las partes de dicha ratio decidendi tal como se prevé en el artículo 33.2 de la Ley de la Jurisdicción. Se habría juzgado así más allá de los motivos en que se fundamentaban el recurso y la oposición, con vulneración asimismo de lo previsto en el apartado 1 del citado artículo 33, originando una evidente indefensión a las partes codemandadas.

Un examen minucioso de los escritos de demanda y conclusiones de la entidad recurrente, así como de los correspondientes escritos de contestación y conclusiones del Banco de España, pone de manifiesto sin género de dudas que la ratio decidendi de la Sentencia impugnada -la supuesta intransmisibilidad de la responsabilidad administrativa entre personas jurídicas- no ha sido planteada ni debatida entre las partes. No hay en ninguno de los referidos escritos la menor alusión a dicha cuestión, puesto que ni la propia entidad bancaria recurrente ni el Banco de España -y ausente la Administración del Estado- han puesto en duda en ningún momento que la infracción sancionada era imputable, en su caso, al propio BBVA. Y, tal como se indica en los motivos de casación que examinamos, el único debate en torno a la responsabilidad de las infracciones se refería a la alegación del BBVA de que las actuaciones habían sido cometidas por directivos al margen de los órganos del propio Banco, pero con referencia en todo caso al BBVA y sin poner en duda la continuidad de la responsabilidad de esta entidad bancaria respecto a las que se fusionaron en ella, entidades antecesoras a las que en ningún momento se hace referencia en ninguno de los escritos. Digamos finalmente, que las únicas menciones literales al principio de personalidad -en el enunciado de los epígrafes quinto del escrito de conclusiones del BBVA y sexto del de conclusiones del Banco de España- no se corresponden luego con ninguna alegación relativa a la cuestión de la comisión de las infracciones por una entidad anterior al BBVA. Consecuencia evidente y relevante de lo anterior es que ni el Banco de España en sus escritos -ni la Administración del Estado, dada su ausencia del proceso- tuvieron necesidad de aducir la jurisprudencia de esta Sala sobre la cuestión de la continuidad de

la responsabilidad administrativa entre personas jurídicas o sobre la actual regulación del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y que sí exponen ampliamente en los motivos sustantivos de ambos recursos de casación.

Así las cosas, es preciso estimar asimismo estos dos motivos, que llevarían igualmente a la nulidad de la Sentencia y a retrotraer actuaciones, en este caso al momento anterior a dictar Sentencia para dar cumplimiento a las previsiones del citado artículo 33.2 de la Ley jurisdiccional.[...]"

**Quinto.-** El análisis de la demanda que formuló "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." ante la Sala de la Audiencia Nacional en el presente proceso pone de relieve que, en efecto, la parte actora no había suscitado -ni la demandada podía, en consecuencia, responder- la cuestión central que determinará a la postre el fallo de instancia.

En efecto, entre los fundamentos jurídicos de aquel largo (136 páginas) escrito procesal se encuentran los relativos a los motivos impugnatorios primero, segundo y tercero y cuarto, a todos los cuales, ya lo hemos dicho, la Sala de la Audiencia Nacional dio cumplida respuesta desestimatoria. A partir del folio 111 de la demanda se expone el motivo quinto en el que "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A." sostendrá que "las resoluciones recurridas vulneran el principio de personalidad de las sanciones y, en atención a actuaciones precedentes de la CNMV, vulneran asimismo el principio de igualdad en la aplicación de la Ley, la doctrina de los actos propios y los principios de buena fe y confianza legítima".

Pues bien, en el desarrollo argumental de dicho motivo quinto de la demanda, y al igual que ocurría en el recurso "paralelo" interpuesto contra el acuerdo sancionador recaído en el expediente tramitado por el Banco de España, el "principio de personalidad de la pena" se invocaba para destacar que la persona jurídica no podía ser declarada responsable por actos de "un grupo muy reducido de gestores" quienes supuestamente habrían actuado "al margen de las estructuras administrativas del banco". No se trataban en dicho motivo las cuestiones -sin duda complejas y de no fácil solución- que la Sala de instancia abordó y sobre las que basó el fallo, relativas a lo que en nuestra sentencia precedente denominábamos la "supuesta" -y discutible- "intransmisibilidad de la responsabilidad administrativa entre personas jurídicas". Como en aquel caso, tampoco en éste la entidad bancaria recurrente había puesto en duda que la infracción sancionada fuera imputable, en su caso, al propio "Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A.", pues lo que sostenía es que la responsabilidad de las infracciones correspondía tan sólo a los directivos que habían actuado al margen de los órganos y de la estructura de aquel banco, Y en conclusiones ninguna de las partes abordó tampoco aquellas cuestiones.

Siendo todo ello así, si la Sala de instancia quería introducir en el debate procesal, como eventual motivo de impugnación del acto recurrido, las referidas cuestiones, debía haber hecho uso del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional advirtiéndolo a las partes, sin prejuzgar el fallo, que en apariencia existía otro motivo susceptible de fundar el recurso, y dándoles la oportunidad de formular respecto de él las alegaciones que estimaran oportunas.

**Sexto.-** Procede, pues, estimar el recurso de casación y retrotraer las actuaciones al momento anterior a dictar sentencia para dar cumplimiento a las previsiones del artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional. Y en virtud de lo dispuesto en los artículos 95.3 y 139.1 y 2 de la Ley de la Jurisdicción, no ha lugar a imponer las costas ni de la instancia ni de la casación.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español

## **FALLAMOS**

**Primero.-** Estimar el recurso de casación número 4535/2010 interpuesto por la Administración del Estado contra la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de la Audiencia Nacional con fecha 25 de mayo de 2010 en el recurso 398 de 2009, que casamos.

**Segundo.-** Ordenar la retroacción de las actuaciones del citado recurso contencioso-administrativo al momento anterior a dictar sentencia para dar cumplimiento a las previsiones del citado artículo 33.2 de la Ley Jurisdiccional.

**Tercero.-** No hacer imposición de las costas procesales ocasionadas en la instancia ni en la casación.

Así por esta nuestra sentencia, que deberá insertarse en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos: Pedro José Yagüe.- Manuel Campos.- Eduardo Espín.- José Manuel Bandrés.- María Isabel Perelló.- Rubricados.