



Entre la restitución y la sanción

Hay remedios restitutorios. Su función es revertir las ganancias ilegítimas y obligar a quien las obtuvo a devolverlas a quien debía haberlas percibido. En su versión más sencilla y tradicional, su cuantía se corresponde con la pérdida experimentada por quien reclama la restitución. En tales casos, la restitución y la compensación se solapan. En ocasiones, la ley o los tribunales emplean los remedios restitutorios para la reversión de beneficios ilícitamente obtenidos, sin necesidad de que éstos se correspondan con una pérdida patrimonial de cuantía equivalente experimentada por el demandante. Se habla en esos casos de la «expropiación de beneficios», de la «devolución de ingresos ilícitos» o, en el mundo anglosajón, del «*disgorgement of profits*». Una modalidad de restitución asociada al uso indebido de bienes o derechos ajenos, sin retribución a su titular, y que genera ganancias al infractor.

Hay, también, remedios punitivos. Su función es castigar a quien infringe una norma. Ambos tipos de remedios, restitutorios y punitivos, pueden ser monetarios. Y cuando así sucede, la diferencia entre unos y otros se difumina.

Sobre esa diferencia, la que media entre la restitución y la sanción, se planteó la discusión que dio lugar a *Kokesh, Petitioner v. Securities and Exchange Commission* (581 U. S. __ 2017), un caso que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América resolvió el pasado 5 de junio de 2017.

Charles Kokesh era el propietario de dos consultoras financieras que ofrecían servicios de inversión en los Estados Unidos de América. A finales de 2009, la agencia que controla el funcionamiento del mercado financiero en aquel país, la *Securities Exchange Commission* (SEC), inició un procedimiento de revisión de las operaciones llevadas a cabo por Kokesh. Concluyó que durante 14 años, entre 1995 y 2009, Charles Kokesh había desviado para sí beneficios generados por las inversiones que había gestionado. La investigación descubrió que Kokesh se había apropiado de 34,9 millones de dólares que debían haber retribuido a los inversores que habían depositado en él su confianza.

En el procedimiento judicial que siguió a la investigación de la SEC se declaró que Kokesh había infringido obligaciones legales impuestas por la *Investment Company Act* (1940), por la *Investment Advisers Act* (1940) y por la *Securities Exchange Act* (1934). La SEC exigió a Kokesh el pago de los 34,9 millones de dólares con los que se había lucrado ilícitamente.

El condenado opuso, sin embargo, la prescripción de 5 años para las infracciones que pueden dar lugar a una sanción que prevé el §2462 de la *Time for Commencing Proceedings Act* (28 U.S. Code). El precepto dispone que: «*Except as otherwise provided by Act of Congress, an action, suit or proceeding for the enforcement of any civil fine, penalty, or forfeiture, pecuniary or otherwise, shall not be entertained unless commenced within five years from the date when the claim first accrued if, within the same period, the offender or the property is found within the United States in order that proper service may be made thereon.*»

La investigación de la SEC había empezado en el año 2009. Conforme al razonamiento del demandado, la devolución de ingresos indebidos debía limitarse a los obtenidos entre los años 2004 y 2009, que ascendían a 2.354.593 dólares. El resto, hasta los 34,9 millones, correspondía a infracciones producidas antes del año 2004, más allá del plazo legal de prescripción y, por tanto, no podía ser reclamado.

La SEC opuso que el *disgorgement* no es una sanción, sino un remedio restitutorio al que no resulta de aplicación el plazo de prescripción indicado para las sanciones y, en general, para los remedios punitivos. Tanto la primera instancia (*District Court*) como la apelación (*Court of Appeals for the Tenth Circuit*) dieron la razón a la SEC. Consideraron que la devolución de ingresos indebidos no podía considerarse una sanción y que no resultaba de aplicación, por tanto, la limitación temporal impuesta por el plazo de prescripción de 5 años al que se ha hecho referencia.

Charles Kokesh recurrió ante el Tribunal Supremo Federal, que le dio la razón. En una sentencia de la que fue ponente la juez Sonia Sotomayor y que fue decidida por unanimidad, la Corte consideró que el *disgorgement* era una sanción. Y como tal, sujeta a la prescripción discutida.

Una sanción es un castigo que se impone como consecuencia de un comportamiento contrario a la norma. El Tribunal reconoce que la definición es excesivamente amplia, pues normas hay de muchos tipos y sus infracciones son diversas. En este caso, consideró el Tribunal, es relevante distinguir entre las consecuencias legales previstas para un daño o infracción que afecte a un particular (*wrong to the individual*) de los casos en que las consecuencias de la actuación contraria al ordenamiento afectan a intereses generales gestionados por una entidad pública (*wrong to the public*). En este segundo caso, la sanción va más allá de la compensación de pérdidas e incorpora un elemento ejemplarizante, disuasorio de conductas similares.

En el caso, consideró el Tribunal, la devolución de ingresos se ordena por una entidad pública, en ejercicio de potestades públicas y como consecuencia de la infracción de normas que la propia sentencia califica como de derecho público (*public laws*). Además, la cuantía debatida es exigida -y sería cobrada- por una entidad pública. Existe, también, un claro elemento punitivo, pues la devolución se impone por la infracción de normas de organización del mercado y como un medio para evitar que tales infracciones sean rentables para el infractor. La pretensión de la SEC, por último, no obedece a ninguna razón compensatoria o restitutoria. De hecho, recrimina el Tribunal, la SEC no explicó en su petición si los fondos que obtendría como consecuencia del *disgorgement* se emplearían para

compensar a las víctimas del fraude cometido por Kokesh o se ingresarían en el tesoro público.

Por tales razones, concluye la decisión, el *disgorgement* que pretende la SEC debe considerarse como una sanción y, por tanto, sujeta al plazo de prescripción de 5 años de las infracciones que pueden motivarla. Por tanto, solo las infracciones cometidas por Kokesh entre los años 2004 y 2009 justifican la condena de devolución de ingresos ilícitos. El resto, una cuantía ciertamente abultada, ha prescrito y ya no puede ser reclamado.

Una decisión interesante. También para nosotros, pues nuestro ordenamiento jurídico cuenta con muchos ejemplos legales en los que el beneficio obtenido por quien causa un daño o por quien infringe una norma se toma como referencia para cuantificar las consecuencias que merece.

Así, entre otras y con motivo de la determinación de la indemnización debida, en el artículo 74 de la Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes. También, y de nuevo entre otros muchos ejemplos, en el artículo 64 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia para la determinación de la sanción por concentraciones económicas.

En todos los casos, sin embargo, el *disgorgement* actúa -solo- como un medio de cuantificación. Los ingresos ilícita o indebidamente obtenidos pueden ser empleados como un mecanismo de cálculo, de indemnizaciones o de sanciones, pero solo como eso. El debate no es, como se plantea en *Kokesh v. SEC*, si el *disgorgement* es una sanción (que no lo es), sino si una sanción (como la que claramente impuso la SEC a Charles Kokesh) puede tomar como base de cálculo las ganancias obtenidas por el infractor. También si puede ser la medida de la indemnización de un daño.

Carlos Gómez Ligüerre