

## **SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 13 DE MARZO DE 2019**

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

**Recurso n°:** 635/2018  
**Ponente:** D. Diego Córdoba Castroverde  
**Acto impugnado:** Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 4 de octubre de 2017  
**Fallo:** Desestimatorio

En Madrid, a 13 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto constituida en su Sección Tercera por los magistrados indicados al margen, el recurso de casación número 635/2018, interpuesto por el procurador de los tribunales don FAA, en nombre y representación de BFA Tenedora de Acciones, S.A.U., y con la asistencia del letrado don JFM contra la sentencia de 4 de octubre de 2017 dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso número 242/2015, contra la resolución de 7 de abril de 2015 por el Sr. Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad.

Ha intervenido como parte recurrida, la Administración del Estado representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.** El Procurador de los Tribunales don FAA, actuando en nombre y representación de "BFA Tenedora de Acciones SAU" (en adelante BFA) interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 (rec. 242/2015) por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad BFA contra la resolución de 7 de abril de 2015, dictada por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA, a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), a CAIXA DESTALVIS LAYETANA (CAIXA LAIETANA), a BANKIA, S.A. (BANKIA) y a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. (BFA), por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, y se impuso a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. actualmente, BFA TENEDORA DE ACCIONES, SAU, como sucesor en la responsabilidad declarada de: 1) BANCAJA una multa por importe de 1.000.000 Euros. 2) CAJA MADRID una multa por importe de 1.000.000 Euros. 3) CAIXA LAIETANA, una multa por importe de 100.000 Euros.

La Orden estimó que los sistemas de case interno de operaciones sobre productos híbridos de BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA (en adelante las "Cajas") entre el 21 de junio de 2010 y el 22 de mayo de 2011 no habrían atendido a la necesidad de gestionar adecuadamente los posibles conflictos de interés entre clientes, lo que sería contrario al art. 70 quáter de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores ("LMV").

**SEGUNDO.** Mediante Auto de 28 de mayo de 2018 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en precisar el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de

segregación de su actividad financiera y transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial a las que se refiere el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

**TERCERO.** La parte recurrente formalizó la interposición alegando la infracción de los arts. 130.1 ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común; 28.1 de la ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público; arts. 5 y 6 Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, sobre órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorros y art. de la LMV.

Considera que la Sentencia utiliza una tesis que califica de “patrimonialista” para convalidar la transmisión de la responsabilidad de las Cajas a BFA. Y discrepa del momento en el que se produce la transmisión de la responsabilidad. La Sentencia asume, confirmando la Orden, que ese momento temporal es el 23 de mayo de 2011, en que se produjo el traspaso a BFA de la actividad bancaria y parabancaria de las Cajas, para su posterior transmisión a BANKIA. Este momento fija la normativa que debe aplicarse para determinar la legalidad de esa transmisión.

Pero, a su juicio, la sentencia infringe las reglas reguladoras de la responsabilidad por infracciones administrativas (arts. 131.1 LRJPAC y 85.1 LRJSP) dado que no aplica o lo hace incorrectamente la normativa reguladora de la reestructuración del sistema financiero vigente en mayo de 2011, en particular el régimen del ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas de ahorros de los arts. 5 y 6 RDL 11/2010, pues cuando segregaron el negocio bancario y parabancario en favor de BFA para inmediatamente transmitirlo a su filial, BANKIA, las Cajas mantuvieron su personalidad jurídica, su naturaleza como entidades de crédito y cajas de ahorros, su patrimonio (en forma de acciones de BFA e indirectamente de BANKIA, de valor equivalente a lo segregado) y su actividad financiera si bien de forma indirecta (en los mismos términos que BFA). Todo ello conforme a lo preceptuado en el art. 5 RDL 11/2010. Por ello, considera jurídicamente incorrecto afirmar, como hace la Sentencia, que las Cajas no subsistieron.

Por otra parte, la situación jurídica de BFA en 2014 era diferente a la existente en mayo de 2011, pues en aplicación de la normativa bancaria, el Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (“FROB”), era el accionista único de BFA al haber adquirido el 100% del capital social de BFA -en la actualidad sigue siendo el accionista único-, como instrumento para el “rescate” de BFA/BANKIA. No cabe, por ello, imputar al FROB, a través de BFA, la responsabilidad por unos actos de las Cajas que perviven, si bien transformadas en fundaciones. Y, a su juicio, no sería equitativo que las Cajas “se librasen” de la responsabilidad declarada por la Orden (para cuyo pago tenían más que sobrado patrimonio en 2011) para cargarla al FROB, a través de BFA, que inyectó ingentes recursos públicos para rescatar a BFA/BANKIA de la situación en la que le habían puestos sus accionistas, las Cajas.

Ante la grave crisis económica internacional iniciada en 2008 que tuvo una incidencia especial en las entidades financieras en España azotó de forma singular a las entidades financieras españolas, se adoptaron diferentes medidas, entre ellas la creación

del FROB por el RDL 9/2009 con el objetivo de gestionar los procesos de reestructuración de las entidades de crédito regulados en esa norma y contribuir a reforzar sus recursos propios.

El art. 9.1 RDL 9/2009 preveía la adquisición por el FROB, entre otros instrumentos, de las participaciones preferentes convertibles en acciones de entidades que, sin estar incursas en causas de debilidad financiera, necesitasen reforzar sus recursos propios con el fin exclusivo de llevar a cabo entre sí procesos de integración. Era condición inexcusable para percibir las ayudas de FROB que las entidades acometiesen procesos de integración. El apoyo del FROB tenía la finalidad de estimular la integración entre entidades, para reducir su número, ya fuese mediante su fusión, o mediante la constitución de los denominados Sistemas Institucionales de Protección ("SIPs"). Medida estaba especialmente dirigida a las cajas de ahorros.

El RDL 9/2009 fue derogado por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito ("Ley 9/2012"). La Ley 9/2012 fue derogada, en gran parte, por la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de servicios de inversión, actualmente vigente.

El legislador dio, por ello, el segundo paso del proceso de reestructuración de las cajas de ahorros: el RDL 11/2010. En lo que interesa a este recurso, el RDL 11/2010 admitió dos nuevas modalidades de ejercicio de la actividad financiera:

a) En primer lugar, se permitió a las cajas de ahorro el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través de un banco controlado por una o varias cajas de ahorros integradas en un SIP (art. 5 RDL 11/2010). Este nuevo modelo suponía que las cajas de ahorros debían aportar, individual o colectivamente, su negocio financiero a un banco instrumental. Las cajas de ahorros conservarían su naturaleza de entidad de crédito, salvo que perdieran el control del banco instrumental. Este es el modelo que utilizaron las Cajas (y el resto de cajas de ahorros) que ejercieron su actividad a través de BANKIA, cuya titularidad ostentaban a través de BFA.

b) Una segunda alternativa consistía en la transformación de la caja de ahorros en una fundación de carácter especial (perdiendo su licencia bancaria y conservando la obra social) y el traspaso de todo su negocio financiero a un banco (art. 6.1 RDL 11/2010).

A juicio de la entidad recurrente, la sentencia comete un primer error al invocar el art. 6 como el aplicable, por entender que lo sucedido en este caso fue aplicación de esta última previsión («esto es precisamente lo acaecido en este caso», pg. 6).

Los arts. 5 y 6 RDL 11/2010 fueron modificados por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre; el RDL 2/2012; el RDL 6/2012, de 9 de marzo, de medidas urgentes de protección de deudores hipotecarios sin recursos; y la Ley 9/2012. La Sentencia cita estos preceptos en la redacción dada por esta Ley 9/2012. Esto es otro grave error, dado que la redacción aplicable para resolver la controversia era la vigente en el momento en que la Sentencia convalida la transmisión de la responsabilidad a BFA (mayo de 2011).

La recurrente considera que no existe base jurídica para trasladar la responsabilidad de las Cajas a BFA. La Sentencia desestima el recurso por entender que BFA ha sucedido a las Cajas en el ámbito de actividad en el que se cometió la infracción y pese a que las Cajas siguieron operando como entidades financieras.

La sentencia impugnada argumenta que:

«Lo relevante es que la entidad resultante sea continuadora de la unidad empresarial de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado. Y así sucede en el caso examinado. Por ello, no cabe tratar de trasladar la responsabilidad a las Cajas transformadas que se han perpetuado en el tiempo por el hecho de la segregación. Hemos visto que la segregación, considerada en sus dos fases, ha llevado a delimitar el negocio bancario propiamente y la obra social por otra, adaptándose a los dictados del Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, permitiendo deslindar el negocio financiero como una rama independiente (o parte él, como sucede en este caso), en cuyo seno se han producido las infracciones legales, y precisamente por ello las responsabilidades que se han generado se han transmitido a la entidad demandante. No cabe afirmar que la entidad primitiva subsiste, y que debe asumir las responsabilidades aquí cuestionadas, porque el negocio bancario fue cedido en bloque (quedando una parte diferenciada en poder de BFA), y fue separado de la obra social que finalmente quedó en manos de las cajas transformadas».

Pero, a juicio de la entidad recurrente, este razonamiento es erróneo. Atribuir la responsabilidad a las Cajas, como defiende BFA, no es “trasladársela” como afirma la Sentencia («Por ello, no cabe tratar de trasladar la responsabilidad a las Cajas transformadas que se han perpetuado en el tiempo por el hecho de la segregación»). Es atribuirles la responsabilidad por los propios actos de las Cajas, que es la regla *ex arts. 120.1 LRJPAC y 85.1 LRJSP*. Lo que es una transmisión de responsabilidad es sancionar por esos actos de las Cajas a un tercero como BFA. Esto supone una ruptura del principio de personalidad de las sanciones, que debe tener un fundamento jurídico.

El art. 5 RDL 11/2010, bajo cuyo amparo se hizo la segregación que determinaría la transmisión de la responsabilidad, permitió que las Cajas mantuvieron su personalidad jurídica, su condición de entidad de crédito y su actividad financiera, si bien ejercida de forma indirecta a través de BANKIA -no de BFA-. Tenían, además, un enorme patrimonio para hacer frente a sus responsabilidades. No hay, por ello, fundamento para trasladar esa responsabilidad a un tercero ajeno a los hechos, como BFA.

Por otra parte, considera que la STS de 2017, que transcribe la sentencia impugnada, no es aplicable al caso. Dicha sentencia declara la sucesión de una persona jurídica (BBVA) en la responsabilidad de otra que se extingue (BBV) con el siguiente razonamiento: en los casos de quiebra de la continuidad económica y empresarial es precisa una ponderación casuística y circunstanciada para determinar si se ha producido una «continuidad empresarial material». La Sentencia de 2017 analiza las circunstancias concurrentes y concluye que, tras la fusión, BBV ocupaba un lugar primordial en BBVA, entidad resultante, «manteniéndose la misma unidad económica y de decisión». Sin embargo, dicha doctrina no es aplicable al caso porque la reestructuración patrimonial que toma en consideración dicha sentencia no se ejecutó al amparo del RDL 11/2010, que tiene reglas singulares sobre la reestructuración, y porque en aquel caso la persona jurídica que realizó la conducta infractora (BBV) se extinguió y dejó de actuar en el mercado, integrándose en la sancionada que asumió su actividad. Por el contrario, en este caso, las Cajas ni desaparecieron ni se transformaron, mantuvieron su personalidad y condición

de entidad de crédito, y continuaron desarrollando la actividad en la que cometieron los hechos por los que impone la sanción, si bien de forma indirecta. Además, BFA no sucedió a las Cajas en su actividad bancaria.

La sentencia aplica incorrectamente el RD Ley 11/2010. Así, por lo que respecta al traslado de la responsabilidad a BFA, afirma «Por ello, no cabe tratar de trasladar la responsabilidad a las Cajas transformadas que se han perpetuado en el tiempo por el hecho de la segregación» y «No cabe afirmar que la entidad primitiva subsiste, y que debe asumir las responsabilidades aquí cuestionadas, porque el negocio bancario fue cedido en bloque (quedando una parte diferenciada en poder de BFA), y fue separado de la obra social que finalmente quedó en manos de las cajas transformadas».

A juicio de la parte recurrente estos razonamientos de la Sentencia son absolutamente erróneos.

La responsabilidad por las infracciones cometidas es de las Cajas, no de BFA, lo que hace la Orden impugnada, y la sentencia de instancia que la confirma, es trasladar esa responsabilidad a BFA.

Tampoco es legítimo afirmar jurídicamente que «No cabe afirmar que la entidad primitiva subsiste», cuando la indiscutida realidad jurídica es que las Cajas “subsistieron” en virtud de lo previsto en el RDL 11/2010. La Sentencia entiende que es aplicable a este caso unos preceptos del RDL 11/2010 que no estaban vigentes en el momento de la segregación (mayo de 2011) y que, aunque lo hubieran estado, no fueron los que ampararon la reestructuración de las Cajas.

No es discutible que la segregación de las Cajas en BFA y BANKIA se amparó en el art. 5 RDL 11/2010, y, como claramente resulta de la Orden en la parte trascrita en la Sentencia, las Cajas siguieron «ejerciendo su objeto propio como entidad de crédito de manera indirecta, con una nueva licencia bancaria». Este es el régimen del art. 5 RDL 11/2010, a diferencia del art. 6 en que las cajas de ahorros se transforman en fundaciones sin licencia bancaria. Por ello, la transmisión de la responsabilidad por los actos de las Cajas carece de fundamento jurídico, por lo que debe mantenerse en la esfera de las Cajas. Esto es suficiente para casar la Sentencia por vulnerar el principio de personalidad del derecho administrativo sancionador y el régimen de ejercicio indirecto de la actividad financiera y transformación de las cajas de ahorros que regulan los arts. 5 y 6 RDL 11/2010.

Además, al tiempo de la primera segregación (23 de mayo de 2011) las Cajas eran centros de imputación jurídica con plena capacidad para sumir las consecuencias sancionadoras de sus conductas. Así tras la segregación de sus activos a favor de BFA, al amparo del art. 5 del RDL 11/2010, las Cajas mantuvieron su personalidad jurídica, sus propios órganos de Gobierno y su condición de entidades financieras y continuaron ejerciendo su actividad financiera de manera indirecta. Y además tenían patrimonio por lo que deben asumir la responsabilidad por sus infracciones. Las Cajas se desprendieron de los activos y pasivos, pero no del negocio financiero en cuyo marco se cometieron las infracciones, de hecho recibieron las acciones de BFA (e indirectamente de Bankia) a través de las que ejercía su actividad financiera.

La Cajas mantuvieron sus órganos de gobierno, diferentes de los de BFA y de los de Bankia y tenía un patrimonio pues tenía el 91,87 % de capital de Bankia, a través de BFA, (Caja Madrid el 52,02 %; Bancaja el 37,70 %; Caixa Laitenana el 2,11 %), participación que tenía un valor de varios miles de millones de euros en el momento de la segregación, patrimonio para hacer frente a las responsabilidades derivadas del negocio bancario que había generado ese patrimonio.

En definitiva, las Cajas realizaron los actos por los que se impone la sanción, mantuvieron su personalidad y su naturaleza tras la segregación, por lo que conforme al principio de personalidad de las sanciones no se puede transmitir la sanción a un tercero, como BFA que ninguna intervención tuvo en esos hechos.

Según la demanda BFA no es la continuadora de la actividad financiera de las Cajas, sino que gestionó el negocio bancario de la misma manera que lo hicieron las Cajas, de manera indirecta a través de Bankia.

Subsidiariamente, la intervención de BFA por el FROB determina la improcedencia de trasladar a BFA la responsabilidad por los actos de las Cajas.

Como consecuencia del empeoramiento de la situación económica en España y las nuevas exigencias normativas contables y de solvencia, el 23 de mayo de 2012 BFA se vio forzada a solicitar una aportación de capital del FROB para permitir su viabilidad. El 21 de junio de 2012, una vez concluido el proceso de conversión de las participaciones preferentes convertibles, el FROB pasó a ser accionista único de BFA al corresponderle el 100% del capital social de esa sociedad (pg. 8 de la Sentencia). Las Cajas dejaron de tener cualquier participación accionarial en BFA y esta última entidad reemplazó a sus accionistas, administradores y su patrimonio.

Debido a la pérdida de participación de las Cajas en BFA y en aplicación de los artículos 5.7 y 6.2 RDL 11/2010, el 27 de noviembre de 2012 las Cajas se transformaron, por ministerio de la ley, en fundaciones especiales. Y posteriormente, por aplicación de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, se transformaron en fundación ordinaria.

La intervención de BFA por el FROB determina que BFA no pueda ser sancionada por actos de las Cajas anteriores a su intervención. La intervención del FROB dio lugar a la "disolución" material de BFA a través del procedimiento especial establecido en la regulación de entidades de crédito y al nacimiento de una entidad distinta, que no puede ser sancionada por hechos anteriores a esa "disolución". Si el FROB no hubiera rescatado a BFA, se hubiera tenido que acudir a un procedimiento concursal, lo que podría haber determinado su liquidación, con lo que no habría sido posible imponerle la sanción que se le ha impuesto. Sin embargo, BFA no fue declarada en concurso, disuelta ni liquidada: mantuvo su personalidad jurídica gracias al rescate del FROB por razones de interés público y estabilidad financiera. Pero ello no puede situarla en peor situación que si se hubiera tomado una medida tan perniciosa como su liquidación. Y, mucho menos, a costa de quién permitió la viabilidad del BFA, esto es su nuevo accionista el FROB.

**CUARTO.** El Abogado del Estado se opone al recurso.

La tesis del recurrente es, esencialmente, que se vulnera el principio de culpabilidad (imputación responsable) si se hace responder de las sanciones al BFA, propiedad al 100 % del FROB, en lugar de trasladar dicha responsabilidad a las fundaciones especiales constituidas por las Cajas desaparecidas lo que, a su juicio, resulta además conforme al artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010 que debió ser aplicado en lugar del artículo 5 de la misma norma con rango y valor de ley.

No se discute que las infracciones cometidas por las Cajas tipificadas en el artículo 99.z) bis LMV por incumplimiento de lo previsto en el artículo 70 quáter LMV, se producen en el periodo que va desde el 21 de junio de 2010 a 22 de mayo de 2011. Tampoco se discute la autoría de las infracciones muy graves ni su imputación a la gestión del negocio financiero de las Cajas de Ahorros. Igualmente, no se discute la secuencia de operaciones societarias que se inicia con la primera segregación universal del negocio bancario y sigue con la segunda segregación parcial de dicho negocio con exclusión de los productos cuya gestión dio lugar a las sanciones que retiene BFA adquirente universal por la primera segregación.

Lo que se discute es si las Cajas siguieron siendo responsables de la gestión del negocio financiero de modo indirecto lo que impediría la transmisión de la responsabilidad desde las Cajas infractoras hasta el BFA y si dicha responsabilidad se transmite a las fundaciones especiales constituidas a partir de la disolución de las Cajas de Ahorros por virtud del hecho determinante recogido en el artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010.

Debe resaltarse que BFA es adquirente de la totalidad del negocio financiero merced a una segregación universal concebida en amplísimos términos y que cuando traslada dicho negocio a Altae Banco luego Bankia, excluye de dicha transmisión y se reserva los productos híbridos cuya gestión de conflictos infractora de la LMV dio lugar a la imposición de las sanciones de cuya transmisión se discutió en instancia y ahora en este recurso de casación.

En este debate no es relevante quien sea el accionista de BFA y la circunstancia singular de que lo sea el FROB al 100 % de su capital social será, en su caso, relevante llegada la ejecución de sentencia, al ser dicho accionista único una entidad pública adquirente en virtud de un marco legal y finalidades atinentes a la reestructuración del sector bancario en el marco de la crisis financiera.

Hay pues dos momentos claves sucesivos constituidos por la transmisión universal y parcial del negocio financiero de las Cajas de Ahorros. La transmisión universal plasmada en el proyecto de segregación universal aprobado el 17 de febrero de 2011 que se lleva a cabo determina que BFA se convierta en sucesor universal en los amplísimos términos que recogen las escrituras públicas de segregación otorgadas el 16 de mayo de 2011 comprendiendo la segregación no solo los términos usuales en dicha operación mercantil sino también, de forma expresa, "... cualesquiera otras obligaciones o derechos y relaciones jurídicas activas o pasivas que formen parte o estén vinculados, como accesorios, al patrimonio efectivamente segregado que, en su caso, hubieran sido omitidos o insuficientemente descritos".

A su vez, BFA segrega parcialmente dicho negocio y lo transmite Altae Banco, luego Bankia; pero excluye expresamente de dicha segregación las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por las tres Cajas sancionadas por la gestión de conflictos de intereses atinentes a dichos títulos. Debe resaltarse que dicha exclusión determina que, respecto de esos productos, sigan vivas las condiciones de adquisición de los mismos en la segregación universal. Así resulta de la escritura pública de segregación parcial otorgada el 16 de mayo de 2011 donde se puede ver que los híbridos que dieron lugar a las sanciones quedan fuera del perímetro de segregación.

Las Cajas infractoras dejan de prestar directamente servicios bancarios y previa obtención de nueva licencia (tal como exige el régimen del Real Decreto-Ley 11/2010) empiezan a prestarlo mediante gestión indirecta, pero esta gestión indirecta finaliza el 14 de diciembre de 2011 para Caja Madrid y el 27 de diciembre de 2011 para Bancaja y Caixa Laietana, tal y como recoge la sentencia recurrida y consta probado en la Resolución sancionadora.

La tesis del recurrente es que, ex artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, las sanciones deben transmitirse a las fundaciones especiales constituidas por imperativo del artículo 5 del mencionado Real Decreto-Ley. Sin embargo, esta tesis supone desvincular la responsabilidad sancionadora de los productos híbridos cuya gestión infractora la determina y derivarla a dichas fundaciones que, sin embargo, ni mantienen la personalidad jurídica de las Cajas ni, estricto sensu, son continuadoras de las mismas como demuestra la pérdida de la condición de entidad de crédito que no van a tener dichas fundaciones.

Por tanto, ninguna duda cabe de que BFA es responsable de las sanciones impuestas a las Cajas que se incorporan a su patrimonio obligacional por virtud de la segregación universal y permanecen en el mismo al no aportarse por la segregación parcial, sin que, exista precepto legal que ampare su traslación a las fundaciones especiales constituidas por las extintas Cajas.

El objeto de este recurso de casación se ciñe a la transmisión de la responsabilidad sancionadora de las extintas Cajas derivada de la segregación universal de su negocio financiero. La sucesión en la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas se admite de forma pacífica en la jurisprudencia. Ninguna dificultad existe, a su juicio, cuando la persona jurídica sancionada se transforma, pero mantiene la personalidad jurídica. Tampoco existe dificultad cuando la persona jurídica sancionada se disuelve y surge una nueva persona jurídica.

No puede admitirse que se eluda una sanción por la mera transformación de la persona jurídica sancionada. Así se recoge en sentencias del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 1994; 20 de septiembre de 1996 y 14 de febrero de 2007 en las que se diferencia entre el régimen de transmisión de las sanciones administrativas en las personas físicas y jurídicas destacando que las segundas, a diferencia de las primeras, permiten la transmisión o sucesión en las sanciones. Dicha traslación no es contraria al principio de responsabilidad (personalidad y culpabilidad) como ya señaló el Tribunal Constitucional desde la STC 246/1991, de 19 de diciembre y vino a confirmar el Tribunal Supremo en la

sentencia de 20 de septiembre de 1996 al excluir que la sola voluntad de una persona jurídica, mediante un proceso de transformación, pudiera eludir que se haga efectiva la responsabilidad.

Por eso, nada impide que BFA sea responsable de las sanciones impuestas a las Cajas de Ahorros. La responsabilidad sancionadora se traslada a BFA como adquirente universal sin limitaciones del negocio financiero por virtud de la segregación universal del mismo y permanece en BFA cuando segrega parcialmente ese negocio bancario, pero retiene la titularidad de los productos híbridos cuya gestión dio lugar a las sanciones que se transmiten. Sin que exista base legal para trasladar dicha responsabilidad a las Cajas extinguidas que dejan de ser entidades de crédito y al concurrir el hecho determinante del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010, se constituyen en fundaciones especiales entre cuyo fin fundacional no está la gestión del negocio financiero de las extintas Cajas que, además, habría sido adquirido por BFA en los términos ya explicados. Opera aquí, de forma automática el artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, que determina que la causa legal de transformación de las Cajas es hecho determinante de su disolución y, por tanto, constitución de una nueva persona jurídica diferente a la Caja.

Sin que sea de aplicación al caso el artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010 porque, el apartado 1 sería de aplicación al caso en el momento en que se produce la segregación universal del negocio financiero que se transmite a BFA pero, de forma prácticamente inmediata, BFA segrega y transmite dicho negocio financiero a Altea Banco, luego Bankia, si bien mantiene la titularidad de los productos híbridos adquiridos en la primera segregación universal. No hay gestión indirecta que impida la transmisión de responsabilidad como demuestra que las Cajas inicialmente dejan de prestar el negocio bancario con su propia licencia y obtienen una nueva licencia para prestarlo indirectamente que finaliza el 14 de diciembre de 2011 para Caja Madrid y el 27 de diciembre de 2011 para Bancaja y Caixa Laietana.

Y sin que exista razón alguna o fundamento legal que justifique que las sanciones se transmitan a las fundaciones especiales constituidas *ex lege*, cuando BFA mantuvo la titularidad de los productos híbridos cuya gestión de conflictos dio lugar a las infracciones sancionadas en los términos amplísimos que relata la sentencia impugnada.

La tesis del recurrente viene impedida por el hecho de que BFA es quien adquirió, en amplísimos términos y mantuvo antes y después de la finalización de la gestión indirecta, los productos ligados a las infracciones sancionadas lo que impide trasladar dicha responsabilidad a fundaciones especiales surgidas *ex lege* a partir del hecho determinante del apartado 7 del artículo 5 citado debiendo destacarse que la Resolución sancionadora que traslada la responsabilidad a BFA es de 7 de abril de 2015 y que debe diferenciarse en la misma la imposición de las sanciones a las Cajas, de la decisión de trasladar dicha responsabilidad sancionadora a BFA por consecuencia de la adquisición de las participaciones y productos híbridos cuya gestión dio lugar a las infracciones en los amplísimos términos de la primera segregación que no se modifican al permanecer dichos productos en su patrimonio independientemente del tenedor de sus acciones y antes y al tiempo de finalizar la gestión indirecta del negocio bancario y producirse la

disolución legal de las Cajas con la transformación legal de las mismas en fundaciones especiales.

La sentencia recurrida no ha infringido el artículo 6 del citado Real Decreto-Ley. Y tampoco se ha infringido el artículo 130.1 LRJPAC al no ser contrario al principio de responsabilidad la transmisión de la responsabilidad sancionadora de una persona jurídica infractora (las Cajas) a otra que adquiere y mantiene los productos cuya gestión constituyó las infracciones sancionadas adquiridos por virtud de una segregación universal amplísima en sus términos y que mantuvo dicha titularidad antes y después de finalizar la gestión indirecta del negocio financiero de las Cajas al producirse la causa de disolución legal prevista en el artículo 5.7 del Real Decreto-Ley 11/2010 y convertirse éstas *ope legis* en fundaciones especiales con pérdida de la licencia bancaria originaria y sucesiva que habían obtenido y baja en el Registro especial del Banco de España.

Invoca la doctrina sentada en la STS de 14 de febrero de 2007 (recurso 17/2005) en la que se afirma «[...] Si, en definitiva, la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse, no hay por qué restringirlas a las que derivaran tan sólo de "un expediente ya abierto, como contingencia previsible al hacer la liquidación de la Sociedad», porque en este caso, la segregación universal produjo el efecto de transmitir ese patrimonio con esa consecuencia y esa consecuencia -las sanciones trasladadas- se mantuvo al retener BFA, en los términos de la segregación universal, los productos cuya gestión dio lugar a las sanciones y sin que la constitución *ex lege* de las fundaciones permita traslación o continuidad alguna para desplazar dicha obligación sancionadora a las fundaciones constituidas por las Cajas.

Por ello, concluye, respecto de la cuestión de interés casacional objetivo para formar jurisprudencia en los términos fijados por el Auto de admisión de este recurso, considera que debe ser la siguiente:

1º. Que la segregación universal del negocio financiero de las Cajas de Ahorros transmite a la entidad adquirente que se subroga universalmente en dicho negocio, la responsabilidad por las sanciones impuestas a las Cajas durante la gestión del expresado negocio financiero y que dicha responsabilidad se mantiene cuando la entidad adquirente aporta, por segregación parcial dicho negocio a un tercero, pero retiene en su patrimonio los productos cuya gestión infractora de ley determinó la imposición de las sanciones.

2º. Que dicha transmisión no queda impedida por lo dispuesto en el artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, ya que, la conversión de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial cuando se produce el hecho determinante previsto en el artículo 5 del citado Real Decreto-Ley, determina la disolución de la persona jurídica con la pérdida de la condición de entidad de crédito y la baja correspondiente en el Registro especial del Banco de España, sin que las nuevas fundaciones así constituidas sean continuadoras ni directa ni indirectamente del negocio financiero de las Cajas disueltas.

**QUINTO.** Se declararon conclusas y quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 29 de enero de 2019, suspendiéndose el señalamiento por providencia de la misma fecha con el siguiente

tenor literal: «A la vista de la conexión de este asunto con el recurso 631/2018, señalado para vista, votación y fallo para el día 26 de febrero de 2019, se considera procedente que ambos asuntos se deliberen en la misma sesión por lo que procede dejar sin efecto el señalamiento de este recurso acordado para el día de hoy, acordando señalarlo para su votación y fallo para el día 26 de febrero de 2019», cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** El presente recurso de casación impugna la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 (rec. 242/20159 por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad BFA contra la Orden de 7 de abril de 2015, dictada por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad.

La Orden declaró la responsabilidad de BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA (en adelante las "Cajas") por una infracción muy grave tipificada en el art. 99, letra z) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (en adelante LMV), por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la misma ley al «no gestionar adecuadamente, los conflictos de intereses generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable» por el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 22 de mayo de 2011. Así mismo, declaró la responsabilidad de Bankia por estos mismos preceptos y en relación con la misma conducta por el periodo de tiempo comprendido entre el 23 de mayo de 2011 y el 15 de noviembre de 2011.

La resolución administrativa, pese a declarar la responsabilidad de las Cajas como autoras de la infracción, le impuso la sanción al Banco Financiero y de Ahorro SA (BFA), como sucesor de la responsabilidad declarada de las Cajas, por los siguientes importes: 1) por BANCAJA una multa por importe de 1.000.000 Euros. 2) por CAJA MADRID una multa por importe de 1.000.000 Euros. 3) por CAIXA LAIETANA, una multa por importe de 100.000 Euros.

**SEGUNDO.** Sobre la transmisión de la responsabilidad de las personas jurídicas.

En el supuesto que nos ocupa no existe controversia en torno a que las infracciones objeto de este litigio se cometieron por las Cajas de Ahorros en el ejercicio de su actividad financiera/bancaria durante el periodo que va desde el 21 de junio de 2010 a 22 de mayo de 2011.

Al tiempo de dictarse la resolución sancionadora (abril de 2015) las Cajas habían sufrido un profundo proceso de transformación, que más adelante analizaremos, que finalmente desembocó en la disolución de sus órganos y su baja en el registro especiales de entidades de crédito, transformándose en fundaciones de carácter especial.

La resolución sancionadora consideró que BFA había adquirido por sucesión universal la totalidad de los activos, pasivos, derechos y obligaciones que integraban el

patrimonio de las Cajas de ahorros citadas, con excepción de determinados activos y pasivos vinculados a la obra benéfico-social y a la actividad de Monte de Piedad, por lo que habiéndose extinguido su personalidad jurídica acordó la transmisión de la responsabilidad disciplinaria de los sujetos infractores.

La cuestión que, a tenor de lo expuesto en el Auto de admisión, presenta interés casación, consiste en determinar el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de segregación de su actividad financiera.

Lo que se discute es si, tras los procesos de transformación sufridos por las Cajas de Ahorros, la responsabilidad por tales infracciones se transmitió a BFA, en cuanto entidad que adquirió la totalidad de su negocio financiero, o si siguieron siendo responsables de las infracciones cometidas en cuanto mantuvieron su personalidad jurídica y siguieron ejerciendo, de forma indirecta, su actividad con entidades de crédito.

Por tanto, el problema jurídico planteado en casación exige analizar el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa entre personas jurídicas.

Para ello, debemos partir de que la regla general es que incumbe a la persona jurídica que cometió la infracción responder por ella. Ahora bien, bajo determinadas circunstancias, no existe inconveniente en transmitir la responsabilidad administrativa sancionadora entre personas jurídicas.

La jurisprudencia de este Tribunal Supremo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, cuando se ha enfrentado a supuestos de sucesión de responsabilidad en materia sancionadora entre personas jurídicas, ha reconocido el distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas de las personas físicas y jurídicas, pues en el caso de las personas jurídicas el haber social responde de las sanciones y éstas forman parte del pasivo transmitido sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas. Por ello, se ha afirmado que: «Admitida, por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador, en términos distintos de los que derivan de las exigencias de la culpabilidad penal según el principio de *societas delinquere non potest* nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito. Y también, como ha señalado esta Sala, es acorde con los principios de derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito de ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción o sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones» (STS de 20 de septiembre de 1996 (recurso 3606/1991) en la que se cita la STS 18 de abril de 1993).

La STS nº 460/2017, de 15 de marzo (rec. 4213/2014), recogiendo la jurisprudencia del TJUE, afirmaba, respecto al principio de personalidad de la sanción y la posibilidad de transmisión de dicha responsabilidad a una persona jurídica distinta, que:

«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), [...] 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, tanto el Derecho comunitario como la jurisprudencia del TJUE y de este Tribunal Supremo reconocen la vigencia del principio de personalidad de las sanciones, pero tampoco excluyen que la empresa sucesora pueda responder de las infracciones cometidas por la anterior, valorando las circunstancias concurrentes en cada caso.

El problema que se plantea, no es si una persona jurídica puede responder de las infracciones de otra, que si puede, sino en qué casos el ordenamiento jurídico permite esta responsabilidad; o, lo que es lo mismo, cuales son las modulaciones que el principio de personalidad en materia sancionadora sufre en su aplicación a las personas jurídicas.

Se admite, como un supuesto que no plantea dudas, la transmisión de la responsabilidad cuando, como consecuencia de un proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso. En tales casos, la razón de ser es la salvaguarda del interés público tutelado, permitiendo que siempre haya una persona jurídica sobre la que ejercer la potestad sancionadora siempre que quien la haya sucedido, haciendo suyos los medios materiales y personales de la explotación, siga con la actividad económica. Se trata así de evitar la impunidad de las personas jurídicas que, por meros procesos de transformación, inviables en las personas físicas, pudiesen eludir sus responsabilidades administrativas y sancionadoras.

Pero también se ha admitido la transmisión de la responsabilidad, bajo determinadas circunstancias, cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica. En tales casos, mucho más polémicos, se han establecido cautelas y condiciones que han de cumplirse y los criterios varían en función de las circunstancias del caso.

El problema no es nuevo. Ya en la sentencia del TJUE de 7 de enero de 2004 (Aalborg Portland y otros/Comisión, asuntos acumulados C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P) se planteó este problema. La sentencia sostuvo que si las actividades económicas de la empresa infractora se habían transmitido a otra entidad era posible sostener la sucesión en la responsabilidad, y el hecho de que la primera «exista todavía como entidad jurídica no desvirtúa esta conclusión».

Así mismo, en la STJUE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06), se alegaba la imposibilidad de transmitir la responsabilidad por la infracción, aduciendo el principio de personalidad de la sanción, por cuanto la persona que ha llevado a cabo materialmente el acto infractor aún existía y ejercía actividades empresariales y se encontraba en

condiciones de cumplir con la decisión de la autoridad que impuso la sanción. El Tribunal de Justicia afirmó, como principio general, que cuando una entidad comete una infracción, conforme al principio de responsabilidad personal, debe responder por la misma (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C-49/92 apartado 145, y de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C-279/98 apartado 78). Pero, añadía, para «[...] determinar en qué circunstancias una entidad que no es la autora de la infracción puede, sin embargo, ser sancionada por ella, procede observar, en primer lugar, que está comprendida dentro de ese supuesto la situación en la que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente (véase, en este sentido, la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada, apartado 145) o económicamente. Sobre este último aspecto, procede considerar que existe el riesgo de que una sanción impuesta a una empresa que continúa existiendo jurídicamente, pero que ya no ejerce actividades económicas, pueda carecer de efecto disuasivo».

Añadiendo más adelante:

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

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

44 Asimismo, carece de pertinencia la circunstancia de que la transferencia de actividades no haya sido decidida por particulares, sino por el legislador con vistas a una privatización. En efecto, las medidas de reestructuración o de reorganización de empresas adoptadas por las autoridades de un Estado miembro no pueden legalmente tener como consecuencia poner en peligro el efecto útil del Derecho comunitario de la competencia (véase, en este sentido, la sentencia de 12 de mayo de 2005, Comisión/Grecia, C-415/03, Rec. p. I-3875, apartados 33 y 34)».

En definitiva, a estos efectos, las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora carecen de trascendencia. La imposición de la sanción por la infracción a esta sucesora no puede, por tanto, excluirse por el mero hecho de que ésta tenga otra naturaleza jurídica y opere con arreglo a modalidades distintas de las de la entidad a la que ha sucedido. Y tampoco resulta relevante que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal.

La sucesión en la responsabilidad opera cuando la empresa sucesora continúa realizando las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y esta última deja de realizar actividades económicas o actúa en otros ámbitos o sectores, pues en estos casos la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente.

También se han considerado criterios válidos para establecer la sucesión en la responsabilidad entre empresas, la existencia de una "entidad económica", los "estrechos vínculos organizativos y económicos" y la "unidad de decisión".

La transmisión se articula sobre las ideas de "unidad económica" y "vínculos organizativos y económicos" porque implican coordinación en la acción económica y empresarial. La jurisprudencia comunitaria, considera que existen vínculos estructurales cuando las dos empresas tienen el mismo propietario, o pertenecen a un grupo de empresas, o cuando se pone de manifiesto la existencia de vinculaciones de tal intensidad que permitan concluir en que siendo dos entidades jurídicamente distintas constituyen una entidad económica.

También tiene importancia al elemento de "unidad de decisión", cuando semantiene total o parcialmente la composición de los órganos decisorios de la absorbida, pues lo que realmente se mantiene es el elemento volitivo de la entidad infractora, y, con ello, la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora.

Recientemente este Tribunal Supremo, en su sentencia nº 515/2018, de 23 de marzo (rec. 1409/2015) relativa a la transmisión de la responsabilidad en materia sancionadora por sucesión de empresas, en a que se citaba la STS de 16 de diciembre de 2015 (RC 1973/2014), dijimos:

«[...] hemos de indicar 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».

### **TERCERO.** Sobre el proceso de transformación y segregación de las Cajas de Ahorro.

Ya hemos señalado anteriormente que al tiempo de dictarse la resolución sancionadora (abril de 2015) las Cajas habían sufrido un profundo proceso de transformación que finalmente desembocó en la disolución de sus órganos y su baja en el registro especiales de entidades de crédito, transformándose en fundaciones de carácter especial.

El proceso de transformación sufrido por las Cajas podría sintetizar en los siguientes puntos:

1º En el 2010, en el contexto de la reestructuración del sistema financiero en España, siete cajas de ahorros iniciaron un proceso de fusión: Caja Madrid, Bancaja, La Caja de Canarias, Caja de Ávila, Caixa Laietana, Caja Segovia y Caja Rioja.

Así surgió el Banco Financiero y de Ahorros, también conocido por las siglas BFA, de la unión mediante un SIP -sistema institucional de protección- del negocio bancario de estas siete cajas de ahorros. BFA se constituyó el 3 de diciembre de 2010 y comenzó a operar el 1 de enero de 2011.

Las cajas eran propietarias y accionistas de la nueva entidad, quedando la mayor parte de la propiedad en manos de Caja Madrid (52,06%) y Bancaja (37,7%), mientras que el resto de cajas tendrían pequeñas participaciones que compondrían el resto del accionariado: Caja de Canarias un 2,45%, Caja de Ávila un 2,33%, Caixa Laietana un 2,11%, Caja Segovia un 2,01% y Caja Rioja un 1,34%.

2º En este proceso de transformación, se produjeron dos segregaciones casi simultáneas:

a) Segregación de activos y pasivos desde las Cajas a BFA.

El art. 5 del RD-Ley 11/2010, de 9 de julio en el que se disponía que «Las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero. Igualmente podrán aportar todos o parte de sus activos no financieros adscritos al mismo». Y en su apartado cuarto se afirmaba que «Lo establecido en la presente disposición será también de aplicación a aquellas cajas de ahorros que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas conforme a lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 13/1985 de 25 de mayo, de Coeficientes de Inversión, Recursos Propios y Obligaciones de Información de los Intermediarios Financieros».

Las Cajas, en aplicación de estas previsiones, se transformaron aportando todo su activo y pasivo vinculado con el negocio financiero hasta entonces desarrollado (incluida la actividad financiera cuya gestión motivó el expediente sancionador) a la entidad BFA y dejaron de prestar directamente los servicios de inversión, ejerciendo como entidad de crédito, de manera indirecta, a través de BFA, con una nueva licencia bancaria.

El 28 de enero de enero de 2011 las Cajas de Ahorros acordaron la cesión de la titularidad de todos los activos y pasivos afectos a su negocio bancario a BFA. El proyecto de segregación fue aprobado el 17 de febrero de 2011 y la escritura de segregación es de 16 de mayo de 2011.

En la escritura de segregación se contemplaba que BFA adquiriría en bloque el patrimonio de Bancaja, Caja Madrid y Caixa Laietana, asumiendo «todas las obligaciones y queda subrogado en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el referido patrimonio que corresponde a estas Entidades, entendida dicha asunción y subrogación en su más amplio sentido, no sólo con respecto a los débitos, créditos, acciones y demás bienes del activo y pasivo que en los balances o inventarios consten debidamente reseñados o descritos, sino, también e incluso, respecto a cualesquiera otras obligaciones o derechos y relaciones jurídicas activos o pasivas que formen parte o estén vinculados, como accesorios, al patrimonio efectivamente segregado que, en su caso, hubieran sido omitidos o insuficientemente descritos».

b) Segregación parcial de BFA a Altae/Bankia.

El 5 de abril de 2011, se acuerda un nuevo proyecto de segregación parcial en el que BFA aportaba a Altae Banco, S.A. -sociedad que cambiaría su denominación social por la de Bankia, S.A.- los negocios bancarios y financieros que BFA recibió de las siete cajas de ahorros mencionadas, excluyendo determinados activos y pasivos (entre ellos se encontraban los instrumentos híbridos, -las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por Bancaja, Caja Madrid y Caixa Laietana- que dieron lugar al expediente sancionador) que siguieron siendo titularidad de BFA.

La escritura pública de segregación, de fecha 16 de mayo de 2011, establecía que «el BANCO (BFA) segrega la totalidad de su negocio bancario y financiero excepción hecha de los Activos y Pasivos Remanentes en Banco Financiero y de Ahorro (destacando, entre estos, [...] (b) en el lado de los pasivos, las participaciones preferentes suscritas por el FROB y determinadas emisiones de instrumentos financieros), transmitiendo en bloque a la sociedad beneficiaria de la segregación, BANKIA parte de su patrimonio empresarial compuesto por los elementos, que forman una unidad económica, identificados en el Perímetro de Segregación [...] Dichas participaciones preferentes y emisiones de instrumentos financieros son las que son objeto de consideración en el presente expediente».

c) Ambos acuerdos de segregación se inscribieron en los registros mercantiles el 23 de mayo de 2011.

#### 3º Salida a Bolsa de Bankia e intervención del FROB.

El 20 de julio de 2011 salió a bolsa el 55% de Bankia (El 45% restante se mantenía en manos de BFA). Ante la necesidad de inyección de capital público para su saneamiento el FROB, nacionalizó el 100% de BFA y se quedó como el único propietario de la entidad. El 9 de mayo de 2012, se produjo la nacionalización del Banco Financiero y de Ahorros (BFA), matriz de Bankia, al poseer entonces BFA el 45% de Bankia el Estado también controlaba el 45% de Bankia, y por tanto también era el accionista mayoritario de esta entidad.

#### 4º Conversión de las Cajas de Ahorros en Fundaciones especiales.

Según la normativa vigente las cajas de ahorros que dejasen de ostentar el control de la entidad bancaria deberían transformarse en fundaciones de carácter especial con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito. Y la Disposición Transitoria Primera de la Ley 26/2013 de Cajas de Ahorros y Fundaciones bancarias, estableció que a la entrada en vigor de dicha norma, las entidades, que ejerciesen una actividad como entidad de crédito a través de una entidad bancaria, habrían de transformarse, en el plazo de un año, en una fundación bancaria u ordinaria, según procediese. Estableciéndose plazos más reducidos si en el momento de entrada en vigor de la ley ya estaban incursas en causa legal de transformación o habían iniciado el proceso de transformación.

Tras la pérdida por parte de las Cajas de ahorro de la participación en el capital social del BFA, todas las Cajas se vieron obligadas a transformarse en fundaciones de carácter especial, perdiendo su condición de entidades de crédito, con disolución de sus órganos y baja en el registro especial de entidades, traspasando todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a BFA y manteniendo tan solo los activos y pasivo vinculados con la obra benéfico-social y la actividad de Monte de Piedad.

**CUARTO.** Sobre la solución de la presente controversia.

La solución del presente litigio exige partir de que las infracciones que se imputan a las Cajas de Ahorros citadas, cometidas en el periodo que va desde el 21 de junio de 2010 a 22 de mayo de 2011, estaban relacionadas con la gestión del negocio financiero/bancario de las Cajas de Ahorros.

En el momento en el que se dicta la resolución sancionadora (abril de 2015) tales Cajas, como tales entidades de crédito habían dejado de existir, habiéndose transformado en fundaciones. Pero la sucesión de su negocio financiero y de su actividad bancaria se produjo mucho antes, cuando dichas Cajas, en aplicación de la previsión contenida en el art. 5 del RD-Ley 11/2010, de 9 de julio («Las cajas de ahorros podrán desarrollar su objeto propio como entidad de crédito a través de una entidad bancaria a la que aportarán todo su negocio financiero.») cedieron, en mayo de 2011, la todos su bienes y obligaciones y todo su negocio financiero a BFA.

A partir de ese momento BFA asumió el negocio financiero de las Cajas y el patrimonio relacionado con el mismo, negocio en el que se habían cometido las irregularidades objeto de sanción, por lo que se produjo una sucesión empresarial en la actividad bancaria, acompañada de un control de la nueva entidad por parte de las Cajas implicadas, al ser propietarias y accionistas mayoritarias de la nueva entidad.

Aunque las Cajas infractoras mantuvieron su personalidad jurídica y formalmente siguieron ostentando su condición de entidades de crédito, después de la segregación dejaron de prestar directamente servicios financieros y bancarios con su propia licencia y tuvieron que obtener una nueva licencia para prestarlo indirectamente a través de Bankia, que, en virtud de una segunda segregación parcial, continuó con la actividad financiera de dichas cajas. De hecho, la actividad infractora que se les imputa cesó el 22 de mayo de 2011, esto es el día antes de la inscripción de las escrituras de segregación. Y a partir de esa fecha, fue Bankia la que continuó ejerciendo la actividad bancaria a la que se le imputa las infracciones cometidas desde el 23 de mayo. Las Cajas pocos meses después (diciembre de 2011) dejaron de tener la condición de entidades de crédito y se produjo su baja definitiva en el Registro especial de Entidades de crédito del Banco de España.

A tenor de la jurisprudencia que hemos reseñado, ha de considerarse que BFA sucedió a las Cajas en la actividad empresarial que venían desarrollando en el negocio financiero y bancario (incluyendo los productos financieros vinculados con las infracciones que se imputan), dejando ésta últimas de actuar por sí mismas y directamente en el negocio bancario, existiendo una sucesión empresarial, entre ambas entidades, que permite la sucesión de la responsabilidad por las infracciones cometidas por las primeras.

**QUINTO.** Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

Tal y como consta en el Auto de admisión, la cuestión que planteaba interés casacional consistía en establecer el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de segregación de su actividad financiera y transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial.

A tal efecto, puede afirmarse que la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas al tiempo de imponer una sanción no solo opera cuando, como consecuencia de un previo proceso de transformación o fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso, sino también en los supuestos en los que, aun conservando su personalidad jurídica, la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivo la infracción y dicha actividad económica pasa a ser desarrollada por la empresa que la sucede, pues, en estos casos, la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente.

Esta sucesión en la responsabilidad sancionadora se produce, por tanto, también en los casos en los que la empresa infractora transfiere o segrega a otra entidad todo el negocio o actividad económica que motivó la infracción, que pasa a ser ejercida por la entidad que la sucede y opera en el mercado en su lugar.

Carece de trascendencia las respectivas formas jurídicas de la entidad que ha cometido la infracción y de su sucesora y tampoco resulta relevante que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal.

#### **SEXTO.** Costas.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonar las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes.

### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico segundo y quinto ha decidido:

**1º** Desestimar el recurso de casación interpuesto por la representación de “BFA Tenedora de Acciones SAU” contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de octubre de 2017 (rec. 242/2015)

**2º** No ha lugar a imponer las costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.