

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 13 DE MARZO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 631/2018
Ponente: D. Diego Córdoba Castroverde
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de 2 de noviembre de 2017.
Fallo: Desestimatorio para la A.E.

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 631/2018, interpuesto por la Administración General del Estado, representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado, contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en fecha 2 de noviembre de 2017 en el recurso contencioso-administrativo número 415/2015. Es parte recurrida la Fundación Bancaria Caixa D'Estalvis I Pensions de Barcelona "La Caixa", representada por el procurador don JSZ.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don El procurador D. JSZ, en nombre de Caixa Bank, S.A. y el Abogado del Estado, en la representación y defensa que legalmente le corresponde, prepararon sendos recursos de casación contra la sentencia de 2 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional en el procedimiento ordinario núm. 415/2015.

La sentencia de instancia resolvió los recursos interpuestos por Fundación Bancaria Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -La Caixa-) y por Caixa Bank, S.A. contra el acuerdo del secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía, de 28 de septiembre de 2015, por el que se resolvía los expedientes sancionadores incoados a La Caixa y Caixa Bank.

«1. Imponer a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en los apartados 5 y 7 del artículo 79 bis) del mismo texto legal, por no obtener información necesaria sobre sus clientes para la evaluación de la conveniencia, así como por haber cometido deficiencias significativas en la valoración de la misma, y haber intermediado operaciones sin advertir sobre su no conveniencia o incongruencia con sus objetivos de inversión, en el procedimiento de comercialización de determinados productos financieros complejos, una multa por importe de 3.000.000 euros.

2. Imponer a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona (La Caixa), por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en el artículo 70 quarter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por no establecer medidas destinadas a detectar, impedir y gestionar los conflictos de interés generados por la intermediación o case de operaciones entre clientes sobre emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada al precio del 100% ex cupón, siendo su valor razonable o de mercado sensiblemente inferior, y concurriendo de manera simultánea y adicional, en su caso, la comercialización en mercado primario de nuevas emisiones de características similares y en condiciones financieras más beneficiosas, una multa por importe de 2.000.000 euros.

3. Imponer a Caixa Bank, S.A, por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 70 quarter del mismo texto legal, por no establecer medidas destinadas a detectar, impedir y gestionar los conflictos de interés generados por la intermediación o case de operaciones entre clientes sobre emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada al precio del 100% ex cupón, siendo su valor razonable o de mercado sensiblemente inferior, una multa por importe de 2.000.000 euros».

La sentencia de instancia anuló la resolución en lo referente a las sanciones impuestas a La Caixa, que se dejaron sin efecto, confirmando el acuerdo sancionador y la resolución que lo confirma en todo lo demás.

SEGUNDO. Mediante Auto de la Sección Primera de este Tribunal Supremo, de 14 de mayo de 2018, se acordó declarar la inadmisión del recurso de casación preparado Caixa Bank, S.A y admitir el recurso de casación preparado por el Abogado del Estado declarando que la cuestión planteada que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en «determinar cuándo se transmite la responsabilidad punitiva en los supuestos de transformación de las Cajas de Ahorros conforme a los artículos 5 y 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. El Abogado del Estado formalizó la interposición de su recurso de casación.

La sentencia de instancia considera que «El núcleo del debate reside en que se ha sancionado una pluralidad de conductas continuadas a dos entidades, una de las cuales es sucesora de otra, en virtud de la segregación del negocio bancario por parte de La Caixa a favor de Caixa Bank, por lo que estas consideran que debió mediar una única sanción, a lo sumo, que ha de imputarse a Caixa Bank en su condición de sucesora por segregación». La Sala admitió esta tesis de la parte actora, concluyendo que «1) que, en relación a la personalidad de la sanción, la responsabilidad derivada del negocio bancario correspondía a Caixa Bank, y no a La Caixa; 2) que el principio del "non bis in ídem" impone no sancionar dos veces a La Caixa y a Caixa Bank por unos mismos hechos que se prolongaron en el tiempo, hasta el cese de la practica a instancia de la CNMV». Y, por ello, anula las sanciones impuestas a La Caixa.

El Abogado del Estado considero que la sentencia parte de un errónea calificación del supuesto de hecho enjuiciado, pues aplicó la normativa referida a la reestructuración de las Cajas como si se hubiera producido una pérdida de la condición de entidad financiera desde el 30-6-2011, y, por tanto, La Caixa ya no gozara de tal condición en la fecha en la que se declara su responsabilidad disciplinaria, cuando, en dicha fecha, se había producido una reestructuración sin pérdida de tal condición, acogida al art. 5 de tal RDL, de modo que a la fecha de declaración de la responsabilidad disciplinaria, el sancionado seguía siendo entidad financiera o de crédito.

Por ello, se denuncia la infracción de los arts. 5 (por inaplicación) y 6 (por indebida aplicación) 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, lo que a su vez origina infracción de la Jurisprudencia del TS (Sentencia de 15-3-2017, rec. 2078/2015, y la de 16-12-2017, por ella citada), sobre transmisión de responsabilidad punitiva en casos de sucesión

entre empresas; en relación a su vez con el principio de personalidad de la sanción, y el *no bis in ídem*.

El momento temporal de imputación, por lo que a este recurso interesa, queda determinado porque desde 30 de junio de 2011, la estructura adoptada por La Caixa permitió el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través del banco Caixa Bank. Por tanto, las infracciones cometidas antes de tal fecha, se imputan en la resolución a La Caixa, a la que se sanciona, y las posteriores, a Caixa Bank. La Sentencia, sin embargo, concluye que todas debieron ser imputadas, en su caso, a esta última entidad, como sucesora por segregación del negocio bancario de la primera.

En cuanto al periodo al que se refieren las infracciones, y como resulta de la resolución recurrida, la Orden Ministerial de 7 de mayo de 2014 resolvió dos expedientes sancionadores que se acumularon:

El primer expediente se incoó por los incumplimientos detectados en una inspección a La Caixa, cuyo período de referencia era 1 de junio de 2009 a 28 de febrero de 2010. En la inspección se detectaron incumplimientos en relación con la evaluación de la conveniencia (1ª infracción) y con la intermediación de operaciones entre clientes, que se realizaban al 100%, en lugar de al valor razonable (2ª infracción).

El segundo expediente se incoó por los incumplimientos detectados en una revisión horizontal (a varias entidades para comprobar el cumplimiento de una obligación concreta), en este caso en relación con la intermediación o case de operaciones entre clientes. El período de referencia fue de 21 de junio de 2010 a 16 de noviembre de 2011, periodo durante el cual se produce la reestructuración del Grupo La Caixa. Por ello, se imputaron dos infracciones distintas, una a La Caixa y otra a Caixa Bank.

En definitiva, se incoaron dos expedientes con cuatro infracciones en total. En el acuerdo de incoación del segundo expediente, éste se acumuló al primer expediente. En el Pliego de Cargos, se acumuló la segunda infracción del primer expediente (cases de La Caixa, detectados en la inspección) a la primera infracción del segundo expediente (cases de La Caixa detectados en la revisión horizontal), al considerarse infracción continuada.

El proceso de reorganización de La Caixa (en el 2011 se acogió al art. 5 RDL 11/2010) y siguió desarrollando indirectamente su actividad como entidad de crédito, que ostentaba en el momento de la sanción.

La sentencia de instancia dio a este caso una solución similar a la alcanzada en la sentencia de 4 de octubre de 2017 (recurso 422/2015), pero se trata de supuestos con circunstancias diferentes. Así, argumenta que en el caso que nos ocupa, La Caixa, tras la segregación de su negocio financiero a Caixa Bank SA, mantuvo, no obstante, tanto su personalidad jurídica como su naturaleza de entidad de crédito (aun pasando a ejercer aquella actividad como entidad de crédito de manera indirecta a través de un banco filial, instrumental y controlado, que la ejercería directamente) hasta su transformación en fundación ordinaria el 22 de mayo de 2014 (después incluso de resolverse el expediente sancionador), en el caso relativo a estas otras Cajas de Ahorros, las tres Cajas

tras la segregación del negocio financiero al banco perdieron completamente su participación. Sin embargo, en el caso enjuiciado en aquella sentencia, las Cajas de Ahorro (Bancaja, Caja Madrid y Caixa Laietana) tras la segregación del negocio financiero al banco (primero a BFA y luego a Bankia) perdieron completamente su participación en él, transformándose por imperativo legal en fundaciones especiales con pérdida de la condición de entidad de crédito, de modo que desde una perspectiva empresarial material fue aquí el banco la única entidad continuadora de las antiguas Cajas (antes incluso de incoarse el expediente), lo que justifica una diferencia esencial con nuestro caso y que, en definitiva, que la responsabilidad disciplinaria de estas se trasladara en tal caso (que no en el nuestro) al banco instrumental.

Argumenta que el proceso de reestructuración de las Cajas puede sintetizarse de la siguiente forma:

El RD-Ley 11/2010 respondió al objetivo de fortalecer el sector financiero español a través de dos líneas básicas: la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos de máxima categoría en iguales condiciones que otras entidades de crédito; y la profesionalización de sus órganos de gobierno.

En este sentido, diseña un nuevo modelo organizativo de las Cajas de Ahorro basado en una doble alternativa: (i) el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria o (ii) la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito.

El primer modelo se describe en el artículo 5 del RD-Ley 11/2010 e implica que la Caja, manteniendo su naturaleza jurídica y, sobre todo y en lo que nos interesa, su cualidad de entidad de crédito, desarrolla su actividad financiera a través de otra entidad bancaria, controlada por ella. Por su parte, el artículo 6 se refiere a la transformación de las Cajas en fundaciones de carácter especial a través de la segregación de su actividad financiera y benéfico-social, traspasando la primera a otra entidad de crédito a cambio de acciones y manteniendo la segunda como actividad central de la propia fundación, perdiendo su condición de entidad de crédito.

Por ello, por lo que respecta a la sucesión de la responsabilidad disciplinaria, en caso de reestructuración de las Cajas de Ahorro, considera que no se está aquí discutiendo a quién es imputable una infracción cometida después de la reestructuración de La Caixa (reestructuración que se realizó el 30 de junio 2011, acogida al art. 5), pues si la infracción se cometió después de tal fecha, se ha imputado a Caixa Bank, que ejercía directa e inmediatamente la actividad financiera. Lo que se discute es qué sucede respecto de las infracciones cometidas antes de 30 de junio de 2011 por La Caixa, y sancionadas siendo entidad financiera acogida al precitado art. 5 del RDL.

En el punto objeto de debate, el criterio seguido por la CNMV y el Ministerio de Economía sobre el traslado de responsabilidad disciplinaria o sancionadora en supuestos de infracciones cometidas por Cajas de Ahorros que, posteriormente a la comisión de la infracción, se hubieran visto afectadas por estos procesos de reestructuración, ha sido entender dicho traslado de responsabilidad al banco instrumental al que (1) hubieran aportado su negocio financiero si (2), adicionalmente, hubieran perdido su participación

en éste y, en consecuencia, se hubieran transformado en fundación de carácter especial con pérdida automática de su condición de entidad de crédito (es decir, se hubieran acogido al art. 6 precitado). Todo ello, por apreciar que sólo entonces se habría producido un supuesto de verdadera sucesión -en lo referido al negocio bancario- entre una entidad y otra.

Y ello, porque, respecto de tales infracciones: (i) No se puede pretender su comisión por el banco instrumental (Caixa Bank), pues en el momento de la comisión, la Caja (La Caixa) ejercía directamente la actividad financiera (lo que no se discute); por tanto, se sigue la regla general de la imposición de la sanción "al infractor", contenida en la norma sancionadora aplicada como en todas, con carácter general, por el principio de personalidad de la pena.

A juicio de la Abogada del Estado, no hay motivo alguno para apreciar sucesión en la responsabilidad derivada de la infracción: en el momento en que tales conductas fueron sancionadas, La Caixa seguía siendo entidad financiera, por lo que era plenamente imputable respecto de las infracciones por ella cometidas. El hecho de que se hubiera acogido al proceso de reestructuración regulado en el art. 5 no obstaba a que La Caixa continuase siendo una entidad de crédito, sujeta a la supervisión e inspección de la CNMV y a todas las obligaciones propias de las entidades de tal carácter. Las vicisitudes de la entidad La Caixa posteriores a la imposición de la sanción pertenecen a la esfera de su ejecución, que no es objeto de este proceso.

La Sentencia que recurrimos olvida que es requisito imprescindible para la sucesión y, por ende, para la transmisión de responsabilidades, que se produzca tal deslinde y cesión del negocio financiero y además el cese como entidad financiera o de crédito del sujeto cedente. Así, en nuestro caso, se habría dado una primera fase similar a la tratada por la Sentencia previa que se cita (aportación por La Caixa de su negocio financiero a Caixa Bank), pero no la segunda fase, pues La Caixa se acogió a lo previsto en el art. 5 y mantuvo (hasta su transformación en fundación bancaria en mayo de 2014 por exigencia de lo previsto en la Ley 26/2013, posterior al acuerdo sancionador), tanto su personalidad jurídica como su naturaleza o condición de entidad de crédito, si bien pasando a ejercer su actividad financiera o bancaria propia de su objeto social de manera indirecta a través de un banco instrumental controlado; y esta circunstancia no ha sido valorada por la Sentencia de instancia.

Por ello, considera que no ha lugar a sucesión alguna en la responsabilidad. En contra lo que señala la Sentencia en el Fundamento Tercero, no estamos ante el supuesto de una persona jurídica infractora que transmite en bloque todo su patrimonio por sucesión universal a otra y se extingue como tal persona jurídica, ni ante una sucesión por segregación, como pretende la Sentencia -por transmisión en bloque toda la rama de actividad y cese en tal rama de actividad, en la cual sea sucedida por otra persona jurídica-; pues ambas entidades (La Caixa y Caixa Bank) eran al tiempo de los hechos constitutivos de las infracciones que se les imputan, entidades de crédito, y lo seguían siendo cuando se imponen las sanciones; por tanto, eran centros de imputación jurídica con el deber y la capacidad de asumir las consecuencias disciplinarias de sus correspondientes conductas contrarias al ordenamiento jurídico, cada una de ellas en razón a su autoría en los hechos que, en cada momento, les son imputables: a La Caixa,

respecto de los cometidos cuando ejercía directamente su actividad bancaria; a Caixa Bank, los cometidos desde que pasa a ser la entidad instrumental a través de la cual se ejerce tal negocio bancario.

Y como también dice la resolución, el artículo 130.2 del Código Penal -que se dice de contrario aplicable al procedimiento administrativo sancionador- no resulta que, en caso de escisión (como el proceso vivido en la Caixa y Caixa Bank), la responsabilidad penal (o disciplinaria) se traslade a la entidad que resulte de la escisión. De acuerdo a lo establecido, es precisamente en los supuestos de transformación, fusión y absorción de una persona jurídica, en los que «su responsabilidad penal, [...] se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida», de modo que en el caso de escisión de una persona jurídica lo que se prevé es que su responsabilidad tan solo «se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión»: Así, se distinguen los casos de transformación o pérdida de la personalidad jurídica por la autora, en la que la responsabilidad penal se traslada a la entidad resultante de la transformación, fusión o absorción, desapareciendo la de aquella, de los casos en que la autora no pierde la personalidad jurídica ni cesa en su responsabilidad, sino tan solo ésta cabe extenderla a la persona o personas jurídicas resultantes de un proceso de escisión, como es el caso de la modalidad de escisión de segregación del artículo 68. 3ª de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de sociedades mercantiles, supuesto éste vivido por La Caixa y Caixa Bank.

En primer lugar, debemos señalar que la jurisprudencia hasta hora dictada tiene, como objetivo último, evitar que las transformaciones corporativas enmascaren un supuesto de sucesión en el negocio con el fin de pretender la extinción de la responsabilidad del infractor: pero no han servido, con ahora se pretende, para eximir de responsabilidad a quien cometió la infracción, sino para lo contrario.

A juicio de la representante del Estado, la doctrina fijada en las sentencias citadas en la sentencia de instancia (STS de 15-3-2017 y la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (citada por otras como la de 23-3-2018, rec. 1409/2015) parte de la existencia de cesación en la actividad de una empresa y su asunción por otra, la cual no existe si, como en el caso analizado, la pretendidamente “causante”, cuando se sancionan los hechos, no sólo sigue existiendo, sino que sigue desempeñando el mismo negocio (si quiera sea indirectamente), es decir, sigue siendo una entidad de crédito, por lo que no hay una “misma unidad económica y empresarial”, sino dos.

Por ello, considera que no se da razón alguna para apreciar una sucesión por segregación: La Caixa, cuando fue sancionada, seguía siendo entidad de crédito. Distinto será el supuesto de reestructuración en base al art. 6, que no nos ocupa: allí, en que se cesa en tal cualidad, sí puede apreciarse tal sucesión.

Considera finalmente que no hay vulneración alguna del principio *non bis in ídem*. No se sanciona dos veces y por los mismos hechos al mismo sujeto; como hemos visto, se aprecia la responsabilidad disciplinaria de dos sujetos diferentes y por los hechos imputables a cada uno: se imputan a La Caixa las infracciones que cometió ejerciendo directamente el negocio bancario antes de reestructurarse en 2011, y se imputan a Caixa Bank las que cometió al ejercer directamente el negocio bancario, después de tal fecha.

Parecería que la recurrente, obviando que hay en este caso dos entidades financieras con personalidad jurídica distinta, quisiera "levantar el velo" y pretender que, tras la reestructuración de 2011, había sólo una. Peligroso ejercicio, pues siguiendo su lógica, podría haberse entendido que todas las infracciones eran, a la postre, incluso las posteriores a 2011, imputables a La Caixa, quien, en definitiva, era la que seguía ejerciendo una actividad financiera, aun a través de un ente instrumental.

Conforme a lo expuesto, la doctrina que debería sentar la Sala sería que, en supuestos de infracciones cometidas por Cajas de Ahorros que, posteriormente a la comisión de la infracción, se hubieran visto afectadas por los procesos de reestructuración regulados en los artículos 5 y 6 del Real Decreto-ley 11/2010, sólo procede el traslado de responsabilidad disciplinaria al banco instrumental al que (1) hubieran aportado su negocio financiero si (2) adicionalmente, hubieran perdido su participación en éste y, en consecuencia, se hubieran transformado en fundación de carácter especial con pérdida automática de su condición de entidad de crédito (es decir, no en el caso del art. 5, y sólo si se hubieran acogido al art. 6 precitado). Todo ello, por apreciar que sólo entonces se habría producido un supuesto de verdadera sucesión -en lo referido al negocio bancario- entre una entidad y otra.

Conforme a lo expuesto, y una vez fijada la doctrina que se reclama, solo podría estimarse esta casación, desestimarse el recurso contencioso y confirmarse la Resolución recurrida en tanto que, como se ha expuesto en el cuerpo de este escrito, su dictado responde plenamente a la interpretación solicitada.

CUARTO. El representante legal de la Fundación bancaria Caixa Déstalvis i Pensions de Barcelona (en adelante, "La Caixa"), se opone al recurso.

La Sentencia recurrida parte de los hechos probados según la Resolución del Ministro de Economía y la CNMV, en virtud de los cuales LA CAIXA transmitió en bloque los activos y pasivos que componían el negocio bancario y financiero a Caixa Bank.

No puede discutirse, al ser un hecho plenamente probado, reconocido por la CNMV por el Ministro de Economía y por la Sentencia recurrida, que con el proceso de transformación sufrido por LA CAIXA se produjo una transmisión en bloque de una concreta unidad de negocio, consistente en la actividad bancaria, a la entidad resultante de dicha transformación: Caixa Bank. Y además se produjo con la consecuente prohibición para La Caixa de ejercer dicha actividad bancaria desde el momento mismo en que tuvo lugar la transformación.

No estaba en poder de La Caixa optar por un tipo u otro de transformación, aplicando de forma autónoma un precepto u otro 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 ("RDL 11/2010").

El Grupo de entidades controlado por La Caixa (el "Grupo") experimentó un proceso de reestructuración, que comenzó el 27 de enero de 2011. Tal proceso de reestructuración se componía de varias operaciones societarias de naturaleza

especialísima, sin parangón en España ni en el derecho comparado y fruto, sin duda, de la de la crisis internacional, de la situación de los mercados financieros en general, y de la situación de las cajas de ahorros españolas en especial.

Las cajas de ahorros emprendieron, en el año 2010, un proceso de reestructuración, con el objeto de mejorar su solvencia, liquidez y eficiencia. La mayor parte de estos procesos contaron con el apoyo financiero del Fondo de Reestructuración Ordenada Bancaria (FROB) y se materializaron en la creación de Sistemas Institucionales de Protección (SIP).

Fue preciso llevar a cabo una reforma del marco jurídico de las cajas de ahorros, de modo que fueran posibles diferentes alternativas de organización institucional, tratando de impulsar su capacidad para atraer capital exterior.

Así, el 9 de julio de 2010 se aprobó el Real Decreto-Ley 11/2010, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro, con un doble objetivo: la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos de máxima categoría en iguales condiciones que otras entidades de crédito y la profesionalización de sus órganos de gobierno.

El nuevo RDL 11/2010 diseñó un especial modelo organizativo adicional al existente, posibilitando la segregación del negocio financiero de las cajas de ahorro a favor de una entidad bancaria e impidiendo, desde ese momento, a la caja de ahorros, ejercer esa actividad financiera de forma directa.

La Caixa segregó y traspasó su actividad financiera y el negocio bancario a Caixa Bank y, como consecuencia de ello, la ley le impedía que desde ese momento (1 de julio de 2011) La Caixa pudiera ejercer tal negocio bancario, de modo que a partir de esa fecha la actividad bancaria fue desarrollada únicamente Caixa Bank.

La opción que otorgaba este RDL 11/2010, del traspaso de la actividad financiera a una entidad de crédito, se convirtió en una obligación con la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorro y fundaciones bancarias. En cualquier caso, desde un primer momento se prohibió a las cajas que traspasaban su negocio bancario a otra entidad de crédito, el ejercicio directo de la actividad propiamente bancaria, pues del desempeño material de la actividad bancaria se encargarían las entidades a las que se transmitía el negocio.

El proceso de reorganización de 2011 acometido por el Grupo se dividió en las siguientes fases principales:

(i) Segregación a favor de Microbank, S.A.U. ("Microbank") de los activos y pasivos que integraban la actividad financiera de La Caixa consistente en la totalidad del negocio bancario como unidad económica;

(ii) Permuta de activos entre La Caixa y Criteria Caixa Corp ("Criteria");

(iii) Fusión por absorción entre Criteria y Microbank, por el que la primera absorbió a la segunda y redenominación a Caixa Bank; Como consecuencia de dicha fusión, Criteria

pasó a ejercer la actividad bancaria como entidad de crédito cotizada, bajo la denominación social de CAIXABNK, conservando el número de registro de entidad de crédito en Banco de España que antes ostentaba La Caixa (2100): en definitiva, sucediendo a todos los efectos en la actividad bancaria que había venido desarrollando La Caixa.

Resulta relevante y también clarificador el hecho de que al suceder de forma universal Caixa Bank a La Caixa, aquélla evidentemente asumió el número de registro en Banco de España que antes tenía La Caixa.

Centra el Abogado del Estado su recurso en el presupuesto de que La Caixa es una entidad de crédito al tiempo en que se dicta la resolución sancionadora. Sin embargo, obvia que, al tiempo de dictarse la resolución sancionadora, La Caixa ya no era "la" entidad de crédito que presuntamente habría cometido las infracciones (con registro en el Banco de España 2100), sino "otra" entidad que, aunque formalmente ostentaba la condición de entidad de crédito, por mandato legal no podía ejercer la actividad de las entidades de crédito y, de hecho, no la ejercía. En efecto, tras la segregación del negocio bancario de La Caixa, es Caixa Bank quien asume las responsabilidades derivadas del ejercicio del negocio bancario, y prueba de ello es que a criterio de la CNMV continuó desarrollando la actividad infractora objeto de sanción.

En definitiva, si el Tribunal al que nos dirigimos no aprecia la infracción del principio de *non bis in ídem*, no debería negar que la doble sanción por unos mismos hechos, por un lado, impuesta a La Caixa y adicionalmente a Caixa Bank atenta gravemente contra el principio de proporcionalidad. La desproporción se advierte mediante un análisis casuístico de otros dos escenarios semejantes posibles en los que el resultado sancionador hubiera sido la mitad de gravoso, pues la doble sanción no responde sino a la circunstancia casual de que durante la supuesta comisión de la infracción (que se prolonga en el tiempo) se produjo la modificación estructural de La Caixa (recuérdese, impulsada por los poderes públicos).

En efecto, y como primer escenario hipotético, si La Caixa se hubiera extinguido, no se plantearían dudas de la sucesión en perjuicio de Caixa Bank. Es evidente que La Caixa subsistió como persona jurídica, pero ciertamente siendo un sujeto de derecho distinto (sin posibilidad de actuar como una entidad de crédito), tanto sustancial como formalmente:

(i) materialmente no pudo continuar cometiendo la presunta infracción, y ello es evidéntísimo porque tras la segregación, la infracción pasa a imputarse a Caixa Bank (i.e. al sucesor), que al asumir todo el negocio bancario de La Caixa es precisamente quien puede seguir cometiendo la infracción y quien debe asumir la responsabilidad previa derivada del negocio bancario; y

(ii) formalmente, La Caixa pasó a tener un nuevo número de registro en Banco de España.

El segundo de los escenarios, es aquel en el que la segregación del negocio bancario no hubiera sido promovida por los poderes públicos, en cuyo caso solo habría sido sancionada La Caixa.

La propia CNMV reconocía en los Acuerdos de Incoación iniciales de los procedimientos sancionadores que originaron la sanción que "El objeto social principal de la Entidad era la realización de operaciones bancarias de cualquier tipo". Y que "Este negocio es el que se traspasó en bloque a Caixa Bank en el primer semestre de 2011".

En definitiva, tras el proceso de reorganización de 2011, la actividad financiera y bancaria es ejercida exclusivamente por Caixa Bank y La Caixa tiene prohibido, por Ley, el ejercicio de toda actividad financiera y bancaria.

Tras estas consideraciones, se opone a los diferentes motivos de impugnación, en los siguientes términos:

a) Existió, a su juicio, una sucesión universal. El recurrente trata de confundir al juzgador con formalismos que no pueden esconder la existencia de una genuina segregación de una unidad de negocio a favor de otra entidad y la prohibición para la primera entidad de ejercer ese negocio. Una verdadera sucesión universal derivada de la transmisión en bloque del negocio financiero (STS 439/2017).

La Audiencia Nacional, en la Sentencia recurrida, tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en este supuesto concreto, consistente en una indubitada transmisión del negocio financiero de La Caixa a Caixa Bank, y la expresa prohibición para la primera entidad de seguir desempeñando funciones de entidad de crédito y de desarrollar el negocio bancario y financiero, donde se englobaban las infracciones sancionadas.

Con independencia de que la operación societaria se realizara por la vía del artículo 5 o el artículo 6 del RDL 11/2010, lo cierto es que se ha producido una sucesión universal en el negocio bancario, con imposibilidad para la primera entidad (La Caixa) de continuar con la actividad bancaria y con la consiguiente transmisión de las relaciones jurídicas, del cedente al cesionario, que es la auténtica finalidad perseguida por la norma y que luego se reflejó de forma indubitada en la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, que derogó aquélla norma.

La Sala de la Audiencia Nacional cita la Sentencia del mismo órgano 242/2015, de 4 de octubre de 2017, pero no por considerar que existe una absoluta identidad de supuestos de hecho (como señala el Abogado del Estado en su escrito), sino para poner de manifiesto que en los casos especiales y recientes de segregación de la unidad bancaria de las cajas de ahorros a favor de un banco, ocurridos como consecuencia de la crisis financiera, no debe aplicar la jurisprudencia tradicional de estimar que si no se extingue la entidad de origen no hay sucesión de empresas, sino que al haberse transmitido en bloque una rama de actividad de la caja a otra entidad bancaria, se trataría de un caso especialísimo y novedoso, en que dada la prohibición de desarrollar de manera efectiva, o de facto el negocio financiero por la entidad precedente, se debe considerar también la transmisión de la responsabilidad por actividades infractoras enmarcadas en dicha rama de actividad.

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 lo que respecta a la norma aplicable al tiempo de la resolución sancionadora, afirma que, con independencia de la aplicación del artículo 5 o el artículo 6 del RDL 11/2010, la resolución sancionadora fue de fecha 7 de mayo de 2014 y que, dado que La Caixa se transformó en fundación de forma definitiva en un momento posterior, el día 22 de mayo de 2014, no le resulta aplicable esta norma que deroga el RDL 11/2010. La Ley 26/2013, es de fecha 27 de diciembre de 2013, por tanto, anterior a la resolución sancionadora de 22 de mayo de 2014. En definitiva, dicho precepto debió haberse tenido en cuenta por la resolución sancionadora y haberse estimado, sin ningún género de dudas, la inexistencia de La Caixa como centro de imputación jurídica de sanciones cometidas cuando ejercía la actividad bancaria, pues como centro de imputación jurídica en el desarrollo de negocio bancario deja de existir y tal condición es transmitida a Caixa Bank. En definitiva, se cuestiona en el recurso de casación la aplicación de unos preceptos, los artículos 5 y 6 del RDL 11/2010, que no están, ni estaban vigentes al tiempo de resolución de la infracción sancionadora.

b) *Non bis in idem*. La permanencia o subsistencia de La Caixa como persona jurídica a pesar de la segregación de su negocio bancario no puede llevar al absurdo de considerar que el requisito de identidad de sujeto para poder apreciar la infracción del non bis ídem no se da. Y es que los sujetos en efecto se llaman de manera distinta, pero no por ello responden a una realidad diferente: materialmente uno y otro sujeto por cuanto se refiere a la actividad infractora son un mismo sujeto. Por tanto, resulta plenamente aplicable el principio de non bis in ídem señalado en la sentencia recurrida, ya que como decía la misma «Respecto a la identidad de sujeto, objeto y bien jurídico protegido, que exige dicho principio, la CNMV sostiene que la presencia de varios sujetos La Caixa y Caixa Bank impide aplicar el "non bis in ídem"; razonamiento que no tiene en consideración la segregación del negocio bancario desde La Caixa a Caixa Bank con la consiguiente sucesión universal, que comporta que el sucesor pase a ocupar el lugar del sujeto infractor (o primer infractor) asumiendo las responsabilidades anudadas a la infracción.».

La reorganización empresarial del Grupo de La Caixa no fue diseñada de forma autónoma por mis representadas, sino pautada por la Ley 11/2010. La cual exigía que si la caja de ahorros mantenía un determinado porcentaje en el capital de la entidad bancaria a la que traspasaba su negocio bancario, debía continuar existiendo (es decir, no había opción a su extinción como consecuencia del proceso de transformación).

La Sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2013 establece que la transmisión de la responsabilidad en materia de derecho sancionador se articula sobre las ideas de "unidad económica" o "unidad de decisión" atribuyéndose dicha responsabilidad al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello en quién recae la culpa de la infracción, así como los "vínculos organizativos y económicos" porque implican la coordinación en la acción económica y empresarial.

Esta Sentencia apunta al elemento volitivo de la entidad infractora, porque existiendo unidad decisoria entre las dos entidades, se justifica la asunción por esta

última de la responsabilidad sancionadora. Y ello resulta plenamente aplicable a La Caixa y Caixa Bank, pues la unidad de decisión está plenamente demostrada y ello, además de por lo señalado anteriormente, porque el 99,99% del equipo directivo de La Caixa pasó a ser el equipo directivo de Caixa Bank, y lo mismo ocurrió con el 99,99% de la plantilla de empleados.

QUINTO. Por providencia de 27 de septiembre de 2018, se acuerda, de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, haber lugar a la celebración de vista pública, por providencia de 12 de diciembre de 2018, se señaló este recurso para vista pública el día 26 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El Abogado del Estado impugna en casación la sentencia de 2 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (rec. 415/2015) por la que se estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por Fundación Bancaria Caixa d'Estavils i Pensions de Barcelona (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -La Caixa-) y por Caixa Bank, S.A. contra el acuerdo del secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía, de 28 de septiembre de 2015, que desestimó el recurso de reposición interpuesto contra la Orden de 7 de mayo de 2014 que resolvía el expediente sancionadora incoado a La Caixa y Caixa Bank.

La Orden Ministerial de 7 de mayo de 2014 impuso a La Caixa las siguientes sanciones:

a) Una multa de 3.000.000 euros por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en los apartados 5 y 7 del artículo 79 bis) del mismo texto legal, en la comercialización de determinados productos financieros complejos.

b) Una sanción de multa por importe de 2.000.000 €, por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones de información establecidas en el artículo 70 *quarter* de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por no establecer medidas destinadas a detectar, impedir y gestionar los conflictos de interés generados por la intermediación o case de operaciones entre clientes sobre emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada al precio del 100% ex cupón, siendo su valor razonable o de mercado sensiblemente inferior.

Y a Caixa Bank una sanción de multa por importe de 2.000.000 € por la comisión de una infracción muy grave de la letra z) bis del artículo 99 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por haber incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 70 *quarter* del mismo texto legal, por no establecer medidas destinadas a

detectar, impedir y gestionar los conflictos de interés generados por la intermediación o case de operaciones entre clientes sobre emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada al precio del 100% ex cupón, siendo su valor razonable o de mercado sensiblemente inferior.

La sentencia de instancia anuló la resolución en lo referente a las sanciones impuestas a La Caixa, que se dejaron sin efecto, confirmando el acuerdo sancionador y la resolución que lo confirma en todo lo demás.

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

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.

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 la Unión Europea 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 Rheinzink/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 se mantiene 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 La Caixa.

Con el objetivo de fortalecer el sector financiero español se dictó el RDL 11/2010, de 9 de julio, que respondía a dos objetivos básicos: la capitalización de las Cajas, facilitando su acceso a recursos en iguales condiciones que otras entidades de crédito; y la profesionalización de sus órganos de gobierno.

Las Cajas tenían una doble alternativa: (i) el ejercicio indirecto de la actividad financiera de la caja a través de una entidad bancaria (art. 5 del RDL 11/2010) o (ii) la transformación de la misma en una fundación de carácter especial traspasando su negocio a otra entidad de crédito perdiendo su condición de entidad de crédito (art. 6 del RDL 11/2010).

La Caixa, el 30 de junio de 2011, se acogió a lo dispuesto en el art. 5 RDL 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. Igualmente podrán aportar todos o parte de sus activos no financieros adscritos al mismo». Debe destacarse que el apartado tercero de este precepto establecía que «Si una caja de ahorros redujese su participación de modo que no alcance el 50% de los derechos de voto de la entidad de crédito a la que se refiere la presente disposición, deberá renunciar a la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 1946 y proceder a su transformación en fundación especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente».

El artículo 34 de la Ley 26/2013, bajo la rúbrica «Obligación de transformación de las cajas de ahorros», estableció que «Las cajas de ahorros, en los supuestos previstos en el apartado siguiente, deberán traspasar todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y procederán a su transformación en una fundación bancaria, en caso de cumplir los requisitos previstos en el artículo 32 de esta Ley, o fundación ordinaria en caso contrario, con pérdida, en cualquiera de los casos, de la autorización para actuar como entidad de crédito». Y la Disposición Transitoria Primera de la Ley 26/2013 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 vigor de la ley ya estaban incursas en causa legal de transformación o habían iniciado el proceso de transformación.

El proceso de reorganización de 2011 acometido por el Grupo La Caixa se dividió en las siguientes fases:

(i) Segregación a favor de Microbank, S.A.U. ("Microbank") de los activos y pasivos que integraban la actividad financiera de LA CAIXA consistente en la totalidad del negocio bancario;

(ii) Permuta de activos entre La Caixa y Criteria Caixa Corp ("Criteria");

(iii) Fusión por absorción entre Criteria y Microbank, por el que la primera absorbió a la segunda y redenominación a CAIXABANK; Como consecuencia de dicha fusión, Criteria pasó a ejercer la actividad bancaria como entidad de crédito cotizada, bajo la denominación social de CAIXABANK, conservando el número de registro de entidad de crédito en Banco de España que antes ostentaba La Caixa.

Finalmente, después de dictarse la resolución sancionadora, La Caixa (el 22 de mayo de 2014) perdió su condición de entidad de crédito y se convirtió en una fundación.

CUARTO. Sobre la solución de la presente controversia.

La resolución sancionadora considera que se produjeron diferentes infracciones de la Ley del Mercado de Valores, como consecuencia de la actividad desarrollada de forma sucesiva durante un periodo prolongado por dos entidades (primero La Caixa y luego Caixa Bank). La Caixa por el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 30 de junio de 2011, y a la Caixa Bank por el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 16 de noviembre de 2011, por lo apreció la responsabilidad de ambas entidades por los respectivos periodos en los que cada una de dichas entidades desarrolló la conducta constitutiva de infracción.

La sentencia impugnada anuló las sanciones impuestas a La Caixa al considerar que, antes de dictarse la resolución sancionadora, el negocio bancario de La Caixa quedó transferido en bloque a Caixa Bank, por lo que la responsabilidad en que hubiese incurrido la primera ha de ser asumida por la segunda. Considera que no cabe sancionar un mismo comportamiento, aunque se prolongue el tiempo, mediante la imposición de dos sanciones a dos entidades distintas cuando una de ellas sucede a la otra. En este caso, el fenómeno de la segregación en las condiciones indicadas- que implica asumir los activos y los pasivos de esa unidad de negocio- impide la doble sanción.

El Abogado del Estado considera que la sentencia parte de un errónea calificación del supuesto de hecho enjuiciado, pues aplicó la normativa referida a la reestructuración de las Cajas como si se hubiera producido una pérdida de la condición de entidad financiera desde el 30 de junio de 2011, y, por tanto, La Caixa ya no gozaba de tal condición en la fecha en la que se declara su responsabilidad disciplinaria, cuando, en realidad, en dicha fecha, se había producido una reestructuración sin pérdida de tal condición, acogida al art. 5 de tal RDL, de modo que a la fecha de declaración de la responsabilidad disciplinaria, el sancionado seguía siendo entidad financiera o de crédito.

En la solución de la presente litis, ha de partirse de que si bien es cierto que cuando se dictó la resolución sancionadora La Caixa no había perdido su personalidad jurídica y seguía ostentando formalmente la condición de entidad de crédito, tampoco es posible desconocer que tres años antes dicha entidad había sufrido un profundo proceso de transformación, similar al sufrido por otras Cajas de Ahorro en nuestro país. Y como consecuencia de esa transformación, operada el 30 de junio de 2011, y al amparo del art. 5 del Real Decreto Ley 11/2010 antes transcrito, había traspasado todo su negocio financiero a Caixa Bank, sin que, a partir de ese momento, pese a seguir ostentando personalidad jurídica y formalmente la condición de entidad de crédito, dejó de ejercer su actividad bancaria como entidad de crédito autónoma, y dicha actividad se desarrolló por Caixa Bank.

Tal y como hemos descrito anteriormente, la jurisprudencia, a los efectos de establecer el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa entre personas jurídicas, también la admite cuando la persona jurídica causante de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica, siempre que la empresa sucesora continúe ejerciendo las actividades económicas de la empresa infractora en ese mismo ámbito comercial o empresarial y la infractora que se transforma

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. En estos casos, a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico, se entiende que existe una identidad substancial entre las empresas sucesivas, el cambio o transformación jurídica operada permite trasladar la responsabilidad a la nueva empresa si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades.

Esta conclusión se refuerza en aquellos casos, como el que nos ocupa, en los que entre la empresa inicial y la sucesora existen vínculos estructurales o de "unidad de decisión", esto es, cuando se mantiene 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.

En el caso analizado La Caixa dejó de ejercer por sí misma la actividad bancaria que, a partir del momento de la transformación, pasó a ejercerse por Caixa Bank, incluso con la misma licencia que ostentaba la primera, sino que, además, porque la mayor parte del equipo directivo de La Caixa pasó a Caixa Bank (la parte recurrente lo cuantifica en el 99% y este extremo no ha sido desvirtuado de contrario) y lo mismo ocurrió con la plantilla de los empleados.

Atendiendo a estas circunstancias, ha de concluirse que a raíz del proceso de transformación operado por el Grupo, La Caixa dejó de ejercer su actividad en el negocio bancario que pasó, junto con su equipo directivo y la mayor parte de los empleados, a desarrollarse por Caixa Bank, por lo que concurren las condiciones para apreciar, a tenor de la jurisprudencia ya reseñada, que existe una identidad substancial entre las empresas que permite atribuir la responsabilidad sancionadora a Caixa Bank por las infracciones cometidas por la primera.

Ello determina la desestimación del recurso de casación planteado por el Abogado del Estado y la confirmación de la sentencia de instancia.

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 determinar cuándo se transmite la responsabilidad punitiva en los supuestos de transformación de las Cajas de Ahorro, conforme a los artículos 5 y 6 del Real Decreto Ley 11/2010.

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. Máxime cuando esta sucesión económica va acompañada del traspaso de todo el equipo directivo de la primera.

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 interpuesto por el Abogado del Estado contra la sentencia de 2 de noviembre de 2017, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional (núm. 415/2015).

2º No hacer condena en costas a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.