

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 9 DE DICIEMBRE DE 2013

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª

Recurso nº: 719/2012
Ponente: Dña. Concepción Mónica Montero Elena
Acto Impugnado: Orden Ministerial de 13 de noviembre de 2012
Fallo: Estimatorio

Madrid, a nueve de diciembre de dos mil trece.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido Banco Popular Español S.A., y en su nombre y representación el Procurador Dña. M.J.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 13 de noviembre de 2012, siendo la cuantía del presente recurso de 400.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Se interpone recurso contencioso administrativo promovido por Banco Popular Español S.A., y en su nombre y representación el Procurador Dña. M.J.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 13 de noviembre de 2012, solicitando a la Sala, declare la nulidad de la Resolución impugnada.

SEGUNDO: Reclamado y recibido el expediente administrativo, se confirió traslado del mismo a la parte recurrente para que en plazo legal formulase escrito de demanda, haciéndolo en tiempo y forma, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, y suplicando lo que en el escrito de demanda consta literalmente.

Dentro de plazo legal la administración demandada formuló a su vez escrito de contestación a la demanda, oponiéndose a la pretensión de la actora y alegando lo que a tal fin estimó oportuno.

TERCERO: No habiéndose solicitado recibimiento a prueba, y evacuado el trámite de conclusiones, quedaron los autos conclusos y pendientes de votación y fallo, para lo que se acordó señalar el día veintiséis de noviembre de dos mil trece.

CUARTO: En la tramitación de la presente causa se han observado las prescripciones legales previstas en la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, y en las demás Disposiciones concordantes y supletorias de la misma.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: Es objeto de impugnación en autos la Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 13 de noviembre de 2012, que impone al Banco Pastor S.A. la multa de 400.000 euros, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 z) de la Ley 24/1988, por incumplimiento de lo establecido en los apartados 5, 6 y 7 del artículo 79 bis de la misma Ley, en relación a la comercialización a clientes de determinados productos financieros.

El artículo 99 z) bis de la Ley 24/1988, establece:

“z bis) La falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de interés o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión o, en su caso, por los grupos o conglomerados financieros en los que se integren las empresas de servicios de inversión, así como el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 79, 79 bis de esta Ley o la falta de registro de contratos regulado en el artículo 79 ter.”

En esencia, la imputación realizada al Banco Pastor, consiste en la falta de evaluación del producto al perfil del cliente y la no adecuación del producto al perfil del cliente. Según el relato de hechos probados contenidos en la Orden, la Entidad estableció en sus procedimientos que, con carácter previo a la contratación de los instrumentos financieros sujetos a la normativa MiFID, sus clientes cumplimentaran un test de idoneidad. Se observó en la inspección realizada al Banco, referida al periodo de 1 de enero a 30 de septiembre de 2008 – la inspección se realizó en octubre de 2008 -, que era muy escasa la implantación del citado test y que en numerosas ocasiones las operaciones no se ajustaban al perfil del cliente.

Estos hechos no son controvertidos por las partes.

SEGUNDO: Las argumentaciones actoras se centran en los siguientes aspectos: vulneración del principio de personalidad de las sanciones y culpabilidad, incorrecta tipificación de la infracción como muy grave e incorrecta graduación de la sanción.

Ya en vía administrativa se puso de manifiesto la fusión por absorción del Banco Pastor con el Banco Popular Español S. A., si bien, la respuesta dada en la Orden impugnada – folio 15 -, fue la afirmación de que el “... Banco Popular Español S.A., ninguna relación mantenía con el Banco expedientado...”, en el momento de los hechos. Efectivamente, en enero de 2012, la CNMV autorizó una OPA del Banco Popular Español S.A., sobre el 100% del capital del Banco Pastor, que se materializó con éxito en febrero del mismo año. Esta OPA es posterior – como se reconoce al folio 14 de la Orden impugnada -, al periodo objeto de investigación.

El 25 de junio de 2012 se firmó la escritura de fusión de las entidades.

Pues bien, los descritos hechos, son los que determinan el problema relativo a la personalidad de las sanciones y la culpabilidad.

La Orden impugnada trata la cuestión desde el exclusivo punto de vista de la sucesión universal, pero, al margen de que ello no es suficiente para justificar la asunción de la responsabilidad infractora por la entidad absorbente, no olvidemos que previamente a la absorción, existió una adquisición de títulos representativos del 100% del capital social, por la entidad absorbente.

Veamos en primer lugar el tratamiento que a este problema jurídico, da la jurisprudencia.

A) Tribunal de Justicia de la UE. Aun cuando dicho Tribunal ha elaborado su doctrina en relación a las conductas contrarias a la libre competencia –concretamente conductas colusorias, en general, y cárteles, en particular-, la construcción jurídica que realiza puede

ser útil para la comprensión del problema de la responsabilidad personal en relación a las personas jurídicas.

Sentencia del TJ de 16 de noviembre de 2000, c-279-98:

“78 En efecto, incumbe, en principio, a la persona física o jurídica que dirigía la empresa afectada en el momento en que se cometió la infracción responder por ella, aun cuando en el momento de adoptarse la Decisión por la que se declara la existencia de la infracción la explotación de la empresa estuviera bajo la responsabilidad de otra persona.

79 En el caso de autos, de la sentencia recurrida resulta que Djupafors y Duffel participaron de manera independiente en la infracción desde mediados de 1986 hasta que fueron adquiridas por la recurrente en marzo de 1989 (véase el apartado 18 de la sentencia recurrida). Además, estas sociedades no fueron pura y simplemente absorbidas por la recurrente, sino que continuaron sus actividades como filiales de esta última. En consecuencia, han de responder ellas mismas de su conducta infractora anterior a su adquisición por la recurrente, sin que ésta pueda ser considerada responsable de dicha conducta.

80 En consecuencia, procede constatar que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al considerar a la recurrente responsable de las infracciones cometidas por Duffel y Djupafors con anterioridad a su adquisición y anular, por esta razón, la sentencia recurrida.”

Sentencia del TJ de 11 de diciembre de 2007, c-280-06:

“40 Por lo que se refiere a la cuestión de 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...

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...

46 Por lo que se refiere a la cuestión de determinar si un caso como el de los procedimientos principales responde a las circunstancias en las que una entidad económica puede ser sancionada por la infracción cometida por otra entidad, procede señalar, en primer lugar, que el hecho de que la AAMS carezca de personalidad jurídica (véase el apartado 6 de la presente sentencia) no constituye un elemento que permita justificar la imposición a su sucesora de la sanción por la infracción cometida por aquélla...

48 A este respecto, procede recordar que, cuando dos entidades constituyen una misma entidad económica, el hecho de que la entidad que cometió la infracción exista aún no impide, por sí mismo, que la entidad a la que aquélla transfirió sus actividades económicas sea sancionada (véase, en este sentido, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartados 355 a 358).

49 En particular, imponer de esta forma la sanción es admisible cuando esas entidades han estado bajo el control de la misma persona y, habida cuenta de los estrechos vínculos que las unen desde el punto de vista económico y organizativo han aplicado, esencialmente, las mismas instrucciones comerciales.

50 En los procedimientos principales, ha quedado acreditado que, cuando llevaron a cabo sus comportamientos infractores, tanto la AAMS como el ETI pertenecían a la misma entidad pública, es decir, el Ministerio italiano de Economía y Hacienda.

51 Corresponde al órgano jurisdiccional remitente comprobar si, cuando participaron en la concertación con respecto al precio de venta de los cigarrillos, la AAMS y el ETI se encontraban bajo la tutela de esta entidad pública. Si así fuera, procedería declarar que el principio de la responsabilidad personal no se opone a que la sanción por la infracción iniciada por la AAMS y continuada por el ETI se imponga globalmente a este último."

Sentencia TJ de 10 de septiembre de 2009, asunto C 97/08:

"55 El Tribunal de Justicia también ha precisado que, en este mismo contexto, debe entenderse que el concepto de empresa designa una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio, C 217/05, Rec. p. I 11987, apartado 40).

56 Cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esa infracción (véanse, en este sentido, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni, C 49/92 P, Rec. p. I 4125, apartado 145; de 16 de noviembre de 2000, Cascades/Comisión, C 279/98 P, Rec. p. I 9693, apartado 78, así como de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros, C 280/06, Rec. p. I 10893, apartado 39).

57 La infracción del Derecho comunitario de la competencia debe imputarse sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas y el pliego de cargos debe dirigirse a esta última (véase, en este sentido, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión, antes citada, apartado 60, y de 3 de septiembre de 2009, Papierfabrik August Koehler y otros/Comisión,

C 322/07 P, C 327/07 P y C 338/07 P, apartado 38). Asimismo, es necesario que el pliego de cargos indique en qué condición se recriminan a una persona jurídica los hechos alegados.

58 Según reiterada jurisprudencia, el comportamiento de una filial puede imputarse a la sociedad matriz, en particular, cuando, aunque tenga personalidad jurídica separada, esa filial no determina de manera autónoma su conducta en el mercado sino que aplica, esencialmente, las instrucciones que le imparte la sociedad matriz (véanse, en este sentido, las sentencias *Imperial Chemical Industries/Comisión*, antes citada, apartados 132 y 133; *Geigy/Comisión*, antes citada, apartado 44; de 21 de febrero de 1973, *Europemballage y Continental Can/Comisión*, 6/72, Rec. p. 215, apartado 15, así como *Stora*, apartado 26), teniendo en cuenta concretamente los vínculos económicos organizativos y jurídicos que unen a esas dos entidades jurídicas (véanse, por analogía, las citadas sentencias *Dansk Rørindustri y otros/Comisión*, apartado 117, así como *ETI y otros*, apartado 49)."

Sentencia TJ 20 de enero de 2011, c – 90-09:

"101 A este respecto y por lo que se refiere, en primer lugar, a la instrucción impartida por RQ a GQ, debe señalarse que, tal como se desprende de los autos, esta instrucción tenía carácter general y no se dirigía exclusivamente a GQ sino al conjunto de las sociedades del grupo, y que fue comunicada dos años y medio después de que cesara la conducta contraria a la competencia imputada a GQ.

102 Ciertamente, estos elementos parecen constituir indicios de que ni se tenía conocimiento de la infracción imputada a GQ, ni se participó en la misma, ni se incitó a cometerla. No obstante, y en contra de lo sostenido por las recurrentes, la circunstancia que permite que la Comisión imponga una multa a una sociedad matriz no consiste ni en el hecho de que esta matriz haya incitado a su filial a cometer una infracción de las normas de la Unión en materia de competencia ni en el hecho de que la matriz tenga una implicación directa en la infracción cometida por su filial, sino en el hecho de que estas dos sociedades constituyan una misma unidad económica y, en consecuencia, formen una única empresa en el sentido del artículo 81 CE (véase, en este sentido, la sentencia *Akzo Nobel y otros/Comisión*, antes citada, apartados 59 y 77).

103 Por consiguiente, procede señalar que, en el presente caso, la mera circunstancia de que RQ, por una parte, sólo tuviera conocimiento de la infracción tras la inspección realizada en las instalaciones de GQ el 27 de septiembre de 2002 y, por otra parte, no hubiera participado directamente en esta infracción ni hubiera incitado a cometerla no permite demostrar que estas dos sociedades no constituyen una misma unidad económica. En consecuencia, tal circunstancia no es suficiente para desvirtuar la presunción de que RQ ejerce efectivamente una influencia decisiva en el comportamiento de GQ.

104 Por lo que se refiere, en segundo lugar, a las alegaciones relativas a la supuesta autonomía de los directivos de GQ a la hora de definir y ejecutar la política comercial de esta sociedad, debe señalarse que los elementos aportados por las recurrentes en este sentido no prueban que GQ determinaba de manera autónoma su conducta en el mercado y que, en consecuencia, no constituía junto a RQ una unidad económica. En efecto, si bien es cierto que determinados documentos presentados por las recurrentes demuestran que se habían delegado a favor de los directivos de GQ múltiples facultades de gestión, dirección y

administración de esta sociedad, no es menos cierto que otros elementos que obran en autos ponen de manifiesto la existencia de una intervención significativa de RQ en diferentes aspectos de la estrategia y la política comercial de GQ.”

Al margen de las citadas sentencias, se analiza la culpabilidad y el principio de personalidad de las sanciones, en relación con la responsabilidad de la matriz por actos de las filiales, en las sentencias de 29 de septiembre de 2011, Elf Aquitaine/Comisión; de 20 de enero de 2011, General Química y otros/Comisión; de 8 de mayo de 2013, c-508/11; y de 18 de junio de 2013, Fluorsid SpA. En esta última sentencia se afirma:

“57 Es cierto que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas. Ahora bien, cuando una entidad económica de este tipo infringe las normas sobre competencia, conforme al principio de responsabilidad personal, esta infracción debe imputársele sin equívocos a una persona jurídica a la que se pueda imponer multas, y el pliego de cargos y, con mayor motivo, la decisión final, deben dirigirse a esta última indicando en qué condición se recriminan a esta persona jurídica los hechos alegados (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de septiembre de 2009, Akzo Nobel y otros/Comisión, C 97/08 P, Rec. p. I 8237, apartados 54 a 57, y la jurisprudencia citada; conclusiones de la Abogado General Kokott presentadas en el asunto en el que recayó dicha sentencia, Rec. p. I 8241, apartado 37).”

B) El Tribunal Constitucional, ha contemplado también el problema de la responsabilidad de las personas jurídicas. Así en la sentencia de 19 de diciembre de 1991, recurso de amparo 246/19, se afirma:

“Al respecto, debemos recordar ahora que si bien es cierto que este Tribunal Constitucional ha declarado reiteradamente que los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al Derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado (STC 18/1987 por todas), no lo es menos que también hemos aludido a la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador se trata. Esta operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza (STC 22/1990). En concreto, sobre la culpa, este Tribunal ha declarado que, en efecto, la Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho Penal y ha añadido que, sin embargo, la consagración constitucional de este principio no implica en modo alguno que la Constitución haya convertido en norma un determinado modo de entenderlo (STC 150/1991). Este principio de culpabilidad rige también en materia de infracciones administrativas, pues en la medida en que la sanción de dicha infracción es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado resulta inadmisibles en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa (STC 76/1990).

Incluso este Tribunal ha calificado de «correcto» el principio de la responsabilidad personal por hechos propios - principio de la personalidad de la pena o sanción- (STC 219/1988). Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro Derecho Administrativo admita la responsabilidad

directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa, en absoluto, que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa, sino simplemente que ese principio se ha de aplicar necesariamente de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos. Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz (en el presente caso se trata del riguroso cumplimiento de las medidas de seguridad para prevenir la comisión de actos delictivos) y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma"

C) El Tribunal Supremo también ha tratado la cuestión de la responsabilidad infractora de las personas jurídicas. Así la sentencia del TS de 23 de junio de 1998, recurso de casación 1388/1994, tratando el tema de la responsabilidad solidaria por infracciones cometidas por un tercero, reflexiona sobre los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones respecto de las personas jurídicas:

"PRIMERO.- La representación procesal de la entidad Unogasa, S. A. interpone recurso de casación contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 1 de octubre de 1993 por la que, en esencia, se considera ajustada a derecho la imposición con carácter solidario de una sanción en materia de máquinas recreativas al operador y al titular del establecimiento, en aplicación del artículo 46 del Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, a la sazón vigente, aprobado por el Real Decreto 877/1987, alegando, en síntesis, en los dos motivos formulados, la infracción del artículo 25 de la Constitución por carecer dicha imputación solidaria de cobertura legal y oponerse al principio de personalidad de las sanciones.

SEGUNDO.- Como esta Sala tiene ya declarado en numerosísimas resoluciones, la regla de imputación contenida en el citado precepto excede la habilitación que «a posteriori» concedió la Ley 34/1987, de 23 diciembre a la citada disposición reglamentaria, que no regula la imputación solidaria, toda vez que no contempla esta norma legal ninguna clase de imputabilidad de tal naturaleza. Se conculca así el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 de la Constitución, que exige, desde una perspectiva material, la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes y, por lo tanto, también de las reglas de imputación, y, desde una perspectiva formal, que tal predeterminación se haga a través de una Ley en sentido formal (sentencias del Tribunal Constitucional 42/1987, 3/1988, 29/1989, 22/1990, 61/1990, citada ésta por la parte recurrente, y 83/1990, entre otras muchas). Teniendo en cuenta que la potestad sancionadora de la Administración goza de análoga naturaleza que la potestad penal, se sigue de ello que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta reúna las notas de antijuridicidad y tipicidad, sino que, además, es necesaria la nota de culpabilidad, pues nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sentencia del Tribunal Supremo de 6 noviembre 1990). Por eso, en la medida en que el cuestionado precepto reglamentario vulnera los principios de legalidad y de responsabilidad personal

sobre el que se asienta el total sistema punitivo, resulta nulo de pleno derecho, conforme a lo dispuesto en los artículos 47.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, entonces vigentes. Y así se ha entendido por la propia Administración normativamente cuando no se recoge ya en el nuevo Reglamento de Máquinas Recreativas y de Azar, aprobado por Real Decreto 593/1990, de 27 abril, precepto análogo al controvertido del Real Decreto 877/1987.

TERCERO.- Las razones expuestas determinan la estimación del recurso de casación interpuesto y de la demanda deducida en la instancia, sin que se aprecie la concurrencia de las circunstancias exigidas por el artículo 131.1 de la Ley Jurisdiccional a efectos de realizar una expresa condena en costas en primera instancia."

La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 20 de septiembre de 1996, recurso de apelación 3606/1991, afirma:

"Ahora bien, en cualquier caso, es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de la persona física sancionada. En el primer caso, en el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones (art. 235 C. de Co, 277 LSA, 120 LRL), y éstas forman parte del pasivo transmitido a los socios, 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 y en contemplación última de intereses de éstas. 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 del derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sólo voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones (STS de 18 de abril de 1994)."

TERCERO: De la jurisprudencia recogida, se desprende, sin lugar a dudas, que es posible la sucesión entre personas jurídicas de las multas impuestas a una de ellas, así como, que el principio de culpabilidad y de la personalidad de las sanciones, sufre modulaciones en tales casos, en relación a estos mismo principios aplicados a personas físicas. De ahí que la sentencia del TS de 20 de septiembre de 1996, admita que es posible la transmisión de las multas entre personas jurídicas en caso de sucesión universal.

Estas afirmaciones son indiscutibles por reiteradas. Ahora bien, 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 los mencionados principios sufren en su aplicación a las personas jurídicas. Y es claro exponentes de este problema la

sentencia del TS de 23 de junio de 1998, antes trascrita, y que señala los problemas que se plantean en orden a los principios de culpabilidad, responsabilidad personal y legalidad en el caso de responsabilidad solidaria por infracciones de otro.

Fuera de toda duda está, que existe responsabilidad cuando ha existido fraude de ley o abuso del derecho, como señala la actora en el escrito de conclusiones. También lo está que la doctrina del alzamiento del velo, elaborada por la Sala Primera del TS es aplicable a estos supuestos. Pero lo que no se ha afirmado en el presente procedimiento por ninguna de las partes, es que la adquisición del 100% del capital por la hoy actora de la entidad sancionada a través de una OPA, y la posterior fusión, se hiciese para eludir las sanciones impuestas o con cualquier finalidad contraria a Derecho. Por tanto, partiendo de la legitimidad de las operaciones antes descritas, podemos excluir del análisis las situaciones patológicas en los cambios estructurales de empresas.

La Administración afirma la transmisión de las sanciones a la entidad adquirente, basándose en la exclusiva idea de la sucesión universal, que implica, a su juicio, título suficiente para transmitir las multas impuestas a la entidad absorbida. Y este planteamiento es precisamente el que rechazamos, pues no implica una modulación de los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones, sino su plena exclusión, y entendemos que no existe base normativa o jurisprudencial para tal completa exclusión de estos principios respecto de las personas jurídicas.

Veamos las líneas que inspiran la jurisprudencia europea.

De los párrafos de las sentencias trascritas y de los razonamientos contenidos en las sentencias que se citan en las que se analizan las responsabilidades de las matrices respecto de actos de las filiales, podemos extraer las siguientes ideas centrales de la construcción doctrinal que nos ocupa:

a) El TJ reconoce claramente el principio de responsabilidad personal y culpabilidad como informador del Derecho Europeo, y analiza cómo ha de aplicarse en relación a las personas jurídicas.

b) Considera como criterio definidor para establecer la responsabilidad infractora, las situaciones que constituyen "unidad económica" cualquiera que sea la estructura jurídica, y la "unidad de decisión". Aplica este criterio claramente a los grupos de empresas. En el caso de sucesión de empresa, considera también los elementos de la existencia de una "entidad económica", bajo "control de una misma persona" (esto es, unidad de decisión), y "estrechos vínculos organizativos y económicos".

c) Los cambios jurídicos y organizativos, no implican necesariamente el nacimiento de una forma jurídica exenta de responsabilidad. La sucesora no se excluye por el mero cambio.

d) Cuando una entidad económica adquiere otra u otras, y las adquiridas siguen existiendo como filiales, la adquirente no responde por actos de aquellas de los que fue totalmente ajena.

En resumen, se admite la transmisión en la responsabilidad sancionadora tanto de filiales a matrices, como a las sucesoras de las entidades infractoras. No se renuncia a la aplicación a las personas jurídicas, de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal o personalidad de las sanciones. Por ello, la transmisión se articula sobre las ideas de “unidad económica” (son ilustrativas en este punto las reflexiones contenidas en algunas de las sentencias que hemos citado sobre la atribución de recursos entre las empresas del grupo); “unidad de decisión”, pues la imputación por la infracción se realiza al centro decisorio del que deriva la voluntad y por ello la culpa en la infracción; “vínculos organizativos y económicos” porque implican coordinación en la acción económica y empresarial.

En todos los casos en que se admite por la jurisprudencia europea la transmisión de las sanciones entre personas jurídicas, existe un punto de conexión, o en la organización jurídica o económica, o en la decisión. En cuanto a los supuestos de sucesión, no admite la transmisión cuando las infractoras siguen existiendo y la sucesora es ajena a la infracción.

Aplicando estas ideas centrales al caso de cambios estructurales de empresas, parece claro que la sociedad absorbente ha de responder de la sanción impuesta a la absorbida cuando de alguna manera tuviese vínculos, jurídicos económico u organizativos, con la sancionada, al tiempo de la comisión de la infracción. También parece claro, dada la importancia que la jurisprudencia europea da al elemento de “unidad de decisión”, admitir la transmisión de las sanciones a la absorbente, cuando esta 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, podemos afirmar la existencia de una unidad decisoria en la absorbida y absorbente que justifica la asunción por ésta de la responsabilidad sancionadora.

Aplicando estos planteamientos al caso de autos, resulta lo siguiente:

a) La recurrente sostiene que no mantenía vínculos de ninguna clase con la entidad absorbida al tiempo de la infracción, así lo afirma tanto en la demanda como en el escrito de conclusiones, sin que tal afirmación haya sido cuestionada, ni en vía administrativa, ni por la demandada.

b) No consta que en los órganos decisorios de la entidad absorbente se hayan incluido miembros procedentes de los órganos decisorios de la sancionada.

No encontramos pues vinculación entre las entidades que justifique la transmisión de las sanciones.

Tampoco existe, como se pone de manifiesto en la demanda, precepto en las normas sectoriales que haga responsable a la sucesora de las infracciones y sanciones que nos ocupan. No encontramos por ello base legal ni jurisprudencial para producir la transmisión de las sanciones que se discute en autos.

Por último, señala el recurrente, que la modificación introducida en el Código Penal por la LO 5/2010, en su artículo 130, confirma sus planteamientos, al exigir conexión entre la infractora y la sucesora en la responsabilidad penal, al determinar:

"2. La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella."

Cierto que es significativo el párrafo que señala *"El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella"*, en cuanto al no referirse a la proporción del patrimonio, parece que desvincula la idea de transmisión, de la de sucesión patrimonial. En todo caso este precepto no puede justificar una transmisión de la responsabilidad en el presente caso, pues no se encontraba en vigor al tiempo de la comisión de la infracción administrativa

De lo expuesto resulta innecesario entrar a analizar los demás elementos discutidos en la demanda, tipificación, gravedad de la infracción y graduación de la sanción, pues, habiéndose concluido que la recurrente no es responsable de la sanción al no existir base jurídica para su transmisión, debemos estimar el recurso.

Ahora bien, la Resolución impugnada, sancionó al Banco Pastor en una fecha en la que jurídicamente no existía, de ahí que la hoy actora entendiéndose que procedía el archivo de las actuaciones. Debemos pues anular la Orden impugnada, en cuanto no existe, como hemos visto, persona jurídica responsable de la infracción, pues la responsabilidad no se ha transmitido a la entidad absorbente, y la absorbida se ha extinguido.

De los fundamentos expuestos resulta la estimación del presente recurso.

Ahora bien, la controversia jurídica resuelta es una cuestión de difícil interpretación normativa, pues la Ley no la contempla expresamente, y la aplicación de los principios de culpabilidad y responsabilidad personal a las personas jurídicas no encuentra claramente delimitados sus contornos ni en la Ley ni en la jurisprudencia, por tal razón no procede la imposición de costas, conforme a los criterios contenidos en el artículo 139.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa 29/1998 en su redacción dada por Ley 37/2011.

VISTOS los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación, por el poder que nos otorga la Constitución:

FALLAMOS

Que estimando el recurso contencioso administrativo interpuesto por Banco Popular Español S.A., y en su nombre y representación el Procurador Dña. M.J.B., frente a la Administración del Estado, dirigida y representada por el Sr. Abogado del Estado, sobre Orden del Ministro de Economía y Competitividad de fecha 13 de noviembre de 2012, debemos declarar y declaramos no ser ajustada a Derecho la Resolución impugnada en los términos expuestos, y en consecuencia debemos anularla y la anulamos, sin expresa imposición de costas.

Así por ésta nuestra sentencia, que se notificará haciendo constar que contra la misma no cabe recurso de casación, siguiendo las indicaciones prescritas en el artículo 248 de la Ley Orgánica 6/1985, y testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales junto con el expediente, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.