

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 2 DE NOVIEMBRE DE
2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 415/2015
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 28 de septiembre de 2015, que confirma en reposición Orden del mismo Ministerio de 7 de mayo de 2014
Fallo: Parcialmente estimatorio

Madrid, a 2 de noviembre de 2017.

Visto por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional el presente Recurso tramitado con el **número 415/2015**, seguido a instancia de **FUNDACIÓN BANCARIA CAIXA D'ESTAVILS I PENSIONS DE BARCELONA** (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona- La Caixa-) y **CAIXABANK, S.A.**, representadas por el procurador don J.SZ. y defendidas por el letrado don G.J.B. y don M.L.M., contra acuerdo del Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía, de 28 de septiembre de 2015, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado (cuantía 7.000.000 €).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 1 de diciembre de 2015 fue presentado escrito por el procurador don J.S.Z., en nombre y representación de FUNDACIÓN BANCARIA CAIXA D'ESTAVILS I PENSIONS DE BARCELONA (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -La Caixa-) y CAIXABANK, S.A., interponiendo recurso contencioso-administrativo frente al acuerdo de 28 de septiembre de 2015, del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Sr. Ministro de Economía por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la orden de 7 de mayo de 2014 que resuelve el expediente sancionador incoado a Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona -La Caixa- y Caixabank, S.A.

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito se tuvo por interpuesto el recurso, previa la subsanación de defectos procesales, y se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, reclamando el expediente de la Administración, del que se dio traslado a la recurrente. Esta evacuó el traslado mediante escrito de demanda en el que tras exponer los hechos y fundamentos que estimó de aplicación, terminó suplicando que se dictara sentencia por la que se declare la nulidad de la resolución impugnada dejándola sin efecto.

TERCERO.- Dado traslado de la demanda, la Abogacía del Estado presentó escrito en el que, se opuso a la demanda en mérito a los hechos y fundamentos que estimó de aplicación al caso, y terminó suplicando que se dictara sentencia de conformidad a derecho.

CUARTO.- Las partes presentaron escritos de conclusiones en los que reiteraron los pedidos de la demanda y contestación, y cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, que se fijó para el día 24 de octubre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Acuerdo impugnado.

La resolución del secretario de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad de 7 de mayo de 2014 resolvió el expediente sancionador incoado a La Caixa el 6 de septiembre de 2012, y acumulado al incoado a CAIXABANK el 25 de octubre de 2012, imponiendo a dichas entidades las siguientes sanciones por infracción muy grave del artículo 99 letra z bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores, como consecuencia de haber incumplido determinados deberes de información en relación a sus clientes en orden a evaluar la conveniencia, y no haber establecido medidas destinadas a detectar, impedir y gestionar conflictos de intereses en la intermediación o case de operaciones entre clientes:

“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 la 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 establecidas en el artículo 70 quater 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 de 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 CAIXABANK, 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 quater 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 al precio de 100% ex cupón, siendo su valor razonable o de mercado sensiblemente inferior, una MULTA por importe de 2.000.000 euros.”

SEGUNDO.- Los hechos probados que recoge la citada resolución, se pueden sintetizar en lo siguiente:

1.- Periodo 1 de junio de 2009 a 28 de febrero de 2010.

Estos hechos se refieren, en resumen, a la existencia en LA CAIXA de deficiencias significativas que supondrían el incumplimiento de: 1) las obligaciones de obtención de la información necesaria sobre sus clientes recogida en el artículo 79 bis 5 y 7 de la Ley del Mercado de Valores (LMV); 2) la advertencia respecto a la no conveniencia de operaciones recogida en el artículo 79 bis 7 de la LMV y la actuación en el mejor interés de sus clientes, recogida en el artículo 79 de la LMV; y 3) el establecimiento de medidas para detectar y gestionar los posibles conflictos de interés entre sus clientes conforme establece el artículo 70 quater de la LMV.

A continuación se extractan dichas deficiencias, que se desarrollan luego en los Hechos siguientes:

1. La información recabada para evaluar la conveniencia de las operaciones sobre instrumentos financieros complejos resultaba insuficiente y la valoración que se hacía de la misma era inadecuada.
2. Se intermediaron operaciones sobre instrumentos complejos sin advertir a los clientes respecto a su no conveniencia. La deficiencia en los análisis de conveniencia permitió que operaciones sobre instrumentos complejos se considerasen convenientes a pesar de que los clientes carecían de los conocimientos y experiencia inversora suficientes.

Se intermediaron operaciones de clientes pese a su incongruencia con los objetivos de inversión de estos. En el ámbito de la conveniencia la Entidad recababa datos respecto al nivel de riesgo máximo objetivo del cliente para la operación analizada y tramitaba las operaciones de los clientes pese a que el nivel de riesgo del instrumento superase, en su opinión, el máximo indicado por el cliente.

3. Conflicto de interés en la comercialización de emisiones de renta fija compleja emitida por el Grupo durante el periodo analizado. Para dos emisiones de renta fija compleja del Grupo, algunas de las adquisiciones entre clientes se intermediaron al 100% ex cupón cuando su valor razonable era muy inferior, y además se produjeron coincidiendo con la colocación en primario de nuevas emisiones con condiciones financieras más beneficiosas.

2.- Ejercicio 2011. Hechos posteriores a la inspección.

El grupo –dice la resolución-: *“sufrió un proceso de transformación por el cual, la Caja ha traspasado en bloque el negocio bancario a Critería Caixa Corp, hasta entonces entidad tenedora de la participación industrial del grupo. Conforme a la información periódica del*

grupo las principales operaciones corporativas realizadas en dicho proceso fueron las siguientes:

- a) *Segregación a favor de Microbank, S.A.U. (participada de la Caja) de los activos y pasivos que integraban la actividad financiera de "la Caixa", salvo las participaciones en: Servihabitat XXI, S.A.U.; Metrovacesa, S.A.; Inmobiliaria Colonial, S.A. y determinados activos inmobiliarios y emisiones de deuda. La Caja mantiene su Obra Social y la financiación y sostenimiento de actividades de interés benéfico\social.*
- b) *Aportación a Criteria Caixa Corp. por parte de la Caja, de la totalidad de las acciones de Microbank post-segregación, a cambio de:*
 - *Participaciones accionariales en: Gas Natural SDG, S.A. (participación del 36,64%); Abertis Infraestructuras, S.A. (participación del 24,61 %); Aguas de Barcelona, S.A. (participación del 24,03%); Port Aventura Entertainment, S.A. (participación del 50%); Mediterránea Beach & Golf Community, S.A. (participación del 100%).*
 - *374.403.908 nuevas acciones de Criteria emitidas en el marco de una ampliación de capital no dineraria. La Caja pasó a ser su principal accionista.*
- c) *Absorción de Microbank por parte de Criteria Caixa Corp. que adquirió la condición de entidad de crédito con la denominación social de Caixabank, S.A. De esta forma Criteria pasó a ser la entidad bancaria cotizada mediante la que la Caja desarrolla de forma indirecta su actividad financiera. CaixaBank mantiene las participaciones que Criteria ostentaba en sociedades de seguros, gestoras de instituciones de inversión colectiva, entidades financieras extranjeras, Telefónica, S.A. y Repsol-YPF, S.A.*
- d) *Adquisición del negocio bancario y de gestión de fondos del Banco de la Pequeña y Mediana Empresa, S.A. (Bankpime), que:*
 - a) *La Caja aporte a un holding no cotizado todas las participaciones accionariales y otros activos no incluidos en la segregación a favor de Microbank. La Caja será el único accionista de dicho holding.*
 - b) *CaixaBank segregue a favor de una nueva entidad los activos y pasivos, correspondientes a la actividad de microcréditos desarrollada antes de la reestructuración por Microbank.*

La Entidad estaba registrada en el Banco de España con el número 2100, registro que actualmente ostenta Caixabank, S.A. Actualmente la Caja figura con el registro 2401 y conserva su condición de caja de ahorros. Tanto la Caja como Caixabank, S.A. tienen su domicilio social en Barcelona, avenida Diagonal 621.

El 15 de diciembre de 2011, Caixabank, S.A. comunicó que iba a realizar la oferta de recompra y canje que se describe a continuación. El folleto quedó registrado el 26 de diciembre de 2011. La oferta pudo aceptarse entre el 29 de diciembre de 2011 y el 31 de enero de 2012. La Entidad emitió:

- (1) *obligaciones subordinadas necesariamente convertibles y/o canjeables en acciones ordinarias de CaixaBank, de 100 euros de valor nominal y un cupón del 6,5% nominal ("Obligaciones Convertibles/Canjeables");*
- (2) *obligaciones subordinadas serie 1/2012, de 100 euros de valor nominal cada una y un cupón del 4,06% T.A.E. ("Subordinadas 1"); y*
- (3) *obligaciones subordinadas serie 11/2012, de 100 euros de valor nominal cada una y un cupón del 5,095% T.A.E. (las "Subordinadas 11"),*

La oferta de recompra se dirigió en exclusiva a los titulares de las siguientes emisiones de participaciones preferentes: ISIN KYG175471 039; ISIN KYG175471112 e ISIN ESO114970009. Estas emisiones se recompraron por el 100% de su valor nominal, pagadero de la siguiente manera:

- i) a los titulares de las participaciones preferentes KYG175471 039 y KYG175471112 se les entregó por cada participación preferente: 300 euros en efectivo y 7 Subordinadas 1;*
- ii) a los titulares de las participaciones preferentes ESO114970009 se les entregó por cada participación preferente: 300 euros en efectivo y 7 Subordinadas 11.*

La aceptación de la oferta de recompra se condicionó a la simultánea solicitud irrevocable de suscripción por cada una de las participaciones preferentes recompradas de 3 Obligaciones Convertibles/Canjeables, obligándose así los aceptantes de la oferta a reinvertir la totalidad del precio satisfecho en efectivo en las referidas Obligaciones Convertibles/Canjeables.

Conforme al informe de la Unidad de Valoración de la CNMV referido a dicha operación, los titulares de la emisión KYG175471112 (una de las emisiones analizadas en el curso de la inspección) que acudieron a dicho canje, entregaron participaciones preferentes con una valoración de entre el 32%-36% (según el experto considerado) y recibieron a cambio emisiones valoradas entre el 75%-81%. Por diferencia entre la valoración de las emisiones recibidas y el nominal invertido originalmente (100%), los clientes que acudieron a dicha oferta realizaron una minusvalía de entre el 19%-25% sobre el nominal originalmente invertido.

Conforme al informe de la Unidad de Valoración de la CNMV referido a dicha operación 105 titulares de la emisión ESO114970009 (una de las emisiones analizadas en el curso de la inspección) que acudieron a dicho canje, entregaron participaciones preferentes con una valoración de entre el 61%-69% (según el experto considerado) y recibieron a cambio emisiones valoradas entre el 80%-83%. Por diferencia entre la valoración de las emisiones recibidas y el nominal invertido originalmente (100%), los clientes que acudieron a dicha oferta realizaron una minusvalía de entre el 17%-20% sobre el nominal originalmente invertido."

3.- Hechos detectados en el periodo 21 de junio de 2010 a 16 de noviembre de 2011.

Durante el periodo analizado, la Entidad intermedió operaciones por cuenta de sus clientes minoristas sobre tres emisiones de participaciones preferentes emitidas por la propia Entidad o su Grupo y dirigidas a inversores minoristas a precios significativamente alejados de su valor razonable (ISIN KYG1754710391, KYG175471112 y ES0114970009), con el consiguiente perjuicio a los intereses de los compradores, mientras que los clientes vendedores se veían beneficiados por dicha operativa.

La intermediación de operaciones en el mercado secundario AIAF por mediación de la Entidad sobre estas tres emisiones se realizó mediante el case de operaciones entre sus clientes a precios del 100% ex-cupón. Conforme a las manifestaciones de la Entidad los aplicativos informáticos no permitían que los clientes limitasen el precio al que cursaban sus órdenes de compra, tramitándose las mismas por defecto al 100% ex-cupón.

Nos encontramos –razona la CNMV- ante un claro conflicto de interés entre los clientes que compraban las emisiones y los que las vendieron, puesto que su valor razonable era muy inferior a aquel al que se realizaron las transacciones (mientras los compradores se veían perjudicados comprando al 100% algo cuyo valor razonable era muy inferior, los vendedores se veían beneficiados al realizar la operación inversa).

Debe indicarse que resulta probable que una parte de las compras del periodo analizado correspondiesen a clientes que a su vez vendieron dichas posiciones durante este mismo periodo (y que por lo tanto habrían realizado tanto la compra como la venta al 100%), sin que, con los datos de que se dispone, pueda estimarse el importe de las compras en esta situación.

Por último debe señalarse que la estimación realizada no considera el efecto de los cupones devengados por los titulares de los valores desde el momento de la compra hasta el momento del canje, como tampoco tiene en cuenta el lucro cesante para el inversor de haber invertido su dinero en un activo libre de riesgo.

Por todo lo dicho, la estimación del perjuicio a clientes estimado en torno a 76-101 millones de euros (21-28 millones de la emisión KYG175471039 y 55-73 millones de la emisión KYG 175471112), reflejada en el cuadro 2, sólo debe considerarse como un dato orientativo y valorarse con la debida reserva. Respecto de la emisión ES0114970009 no se estima que existiese perjuicio con la metodología utilizada dado que la valoración máxima no fue en ningún caso inferior al 98% hasta agosto de 2011.

En las conclusiones aclara que: *“Debe señalarse que hasta ahora se ha hecho referencia únicamente a La Caja o la Entidad en aras a una mayor claridad y considerando que, si bien la conducta objeto de análisis ha sido desarrollada por dos entidades lo ha sido de forma sucesiva y como consecuencia del proceso de reestructuración de La Caixa y su Grupo de empresas que, en lo que aquí interesa supuso la segregación en bloque del negocio bancario de La Caixa y su traspaso final a la entidad del Grupo actualmente denominada Caixabank SA”. “No obstante, tal como consta en los hechos anteriores, la conducta analizada ha sido desarrollada sucesivamente, a lo largo de un total de 17 meses, por ambas entidades, en*

concreto por La Caixa en el periodo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 30 de junio de 2011 y por Caixabank en el periodo comprendido entre el 1 de julio de 2011 y el 16 de noviembre de 2011, por lo que cabe apreciar la responsabilidad institucional de dichas entidades por los respectivos periodos en los que cada una desarrolló la conducta constitutiva de infracción”.

TERCERO.- Primer motivo que invoca el demandante: **Imposición de dos sanciones a dos entidades pese a la sucesión en el negocio bancario dentro del proceso de reorganización del grupo La Caixa.**

3.1.- La parte demandante sostiene que los hechos objeto de sanción se han desarrollado entre el 1 de junio de 2009 y el 28 de febrero de 2010 (periodo inspeccionado). Poco después, el 1 de julio de 2011, se transmitió a título universal a la nueva entidad Caixa Bank toda la actividad bancaria de la antigua Caja de Ahorros de Barcelona. Esta no se extinguió sino que permaneció únicamente como Fundación, sin autorización administrativa para desarrollar actividades bancarias. El acuerdo impugnado ha obviado esta realidad y sostiene equivocadamente que los hechos fueron cometidos por dos entidades distintas y por ello se impone la misma sanción por los mismos hechos dos veces a LA CAIXA y a CAIXABANK.

La imposición de ambas sanciones por los mismos hechos dentro de una conducta continuada en el tiempo es una clara infracción del principio non bis in ídem (artículo 133 Ley 30/1992).

La demandante describe el proceso de reestructuración y reorganización surgido con ocasión 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, incidiendo en el hecho de que como consecuencia de dicho proceso Caixabank sucedió de forma universal a La Caixa adquiriendo su negocio bancario (1 de julio de 2011), a la vez que La Caixa se transformaba en una Fundación bancaria con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito (obligación que posteriormente fue impuesta en la Ley 26/2013 de 27 de diciembre). Por ello, como sucesora universal de los derechos y obligaciones de La Caixa en relación a la actividad bancaria Caixabank habría debido suceder a dicha entidad en la responsabilidad por las sanciones impuestas por la CNMV a la Caixa.

3.2.- La Abogacía del Estado se opone al motivo y alega que no cuestiona las operaciones de reorganización del Grupo La Caixa. De acuerdo con la normativa establecida en el Real Decreto-Ley 11/2010 de 9 de julio de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro, así como la modificación del Texto Refundido de la Ley de Cajas de Ahorros de Cataluña mediante Decreto ley 5/2010, la estructura adoptada por la Caja con fecha 30 de junio de 2011 permite el ejercicio indirecto de su actividad financiera a través del banco Caixabank del que es accionista mayoritario y de control, a la vez que mantiene el cumplimiento de sus finalidades sociales, manteniendo ambas entidades su personalidad jurídica y su condición de entidad de crédito.

Frente a lo alegado en la demanda, no nos encontramos ante un 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, en los que determinada Jurisprudencia del Tribunal Supremo afirma que es acorde con los principios del derecho punitivo la transmisión al cesionario de la responsabilidad del cedente declarada en un procedimiento sancionador. En este caso, la Caixa mantiene su personalidad jurídica y su condición de entidad de crédito, de modo que ambas entidades eran al tiempo de los hechos centros de imputación jurídica con la capacidad de asumir las consecuencias disciplinarias de sus correspondientes conductas contrarias al ordenamiento jurídico. Lo contrario iría contra el principio de personalidad de las sanciones, puesto que se haría recaer sobre CaixaBank todas ellas cuando en parte lo serían por infracciones cometidas por Caixa que no se ha extinguido.

3.3.- 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 CaixaBank, por lo que estas consideran que debió mediar una única sanción, a lo sumo, que ha de imputarse a CaixaBank en su condición de sucesora por segregación.

El acuerdo impugnado no aceptó la tesis de la demandante toda vez que: *“La Caixa mantiene su personalidad jurídica y su condición de entidad de crédito, sin perjuicio que ejerza indirectamente su actividad financiera a través de CaixaBank, también entidad de crédito. De modo que ambas entidades eran al tiempo de los hechos constitutivos de las infracciones que se les imputan, y lo siguen siendo, centros de imputación jurídica (...).”* (Página 117 del acuerdo sancionador).

Este problema se ha planteado de forma semejante en otro supuesto, también referido a sanciones que recayeron en relación a instrumentos complejos de otra Caja concernida por el mismo proceso de reestructuración, en el recurso nº 242/2015 (SAN 4 de octubre de 2017). En aquella ocasión recordamos que el Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, aborda una reforma del modelo de Cajas de Ahorro, con la pretensión de realizar la reestructuración de las Cajas mediante nuevas alternativas que permiten fortalecer las Cajas. La Exposición de Motivos señala que se abordan varias medidas: *“La primera de ellas permite el ejercicio de toda la actividad financiera de la caja mediante un banco controlado por la caja al tener al menos el 50% de su capital. Una segunda opción permite la transformación de la caja en una fundación de carácter especial conservando la obra social y el traspaso de todo su negocio financiero a un banco”.*

De acuerdo con este designio modifica la normativa básica relativa a los órganos de gobierno de las cajas de ahorros y el régimen jurídico de sus cuotas participativas. Asimismo, se adaptan determinados aspectos de los sistemas institucionales de protección integrados por cajas de ahorros, se diseña un nuevo régimen de ejercicio indirecto de la actividad financiera de las cajas y se incluyen algunas disposiciones para reforzar la solvencia de las entidades de crédito (artículo 1 y 5). Y a su vez, el artículo 5.7 prevé que: *“7. Si una caja de ahorros dejase de ostentar el control en los términos del artículo 42 del Código de Comercio o redujese su participación de modo que no alcance el 25% de los*

derechos de voto de la entidad de crédito a que se refiere la presente Disposición, procede la transformación en fundación de carácter especial con arreglo a lo previsto en el artículo siguiente y con pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito según lo previsto en la Ley de Ordenación Bancaria de 31 de diciembre de 1946”.

Del mismo modo contempla la transformación de las Cajas mediante segregación, conforme a lo dispuesto en el apartado 7 del artículo 5 citado (artículo 6.1).

Pues bien, la Sala en la sentencia anotada hace las siguientes consideraciones en torno a la forma en la que ha de entenderse transmitida la responsabilidad derivada de una infracción en caso de segregación del negocio financiero:

“(…) en caso de segregación puede producirse una sucesión universal, que comprende las obligaciones nacidas de una sanción. El régimen mercantil de escisiones y segregaciones se contempla en el artículo 73.1 de Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, que se remite al de fusiones, en tanto que comporta una sucesión universal derivada de la transmisión en bloque de patrimonios (artículo 23 Ley 37/2009). Esa sucesión universal ha sido considerada por el Tribunal Supremo de forma reiterada, señalando que: “En el fondo, la cuestión que aquí se suscita es la de la posible transmisibilidad del reproche sancionador a la empresa resultante de un proceso de fusión o absorción, cuando el ilícito imputado ha sido cometido por una empresa que ha sido fusionada o absorbida y por ello ha dejado de existir como tal. La cuestión controvertida se centra precisamente en determinar si la entidad resultante del proceso de fusión o absorción sucede en la responsabilidad punitiva y por ende ha de asumir y cargar con el reproche sancionador derivado de la conducta de la entidad preexistente.

Pues bien, esta cuestión ha sido ya abordada, en sus líneas generales, por la jurisprudencia de esta Sala, singularmente en la sentencia de 16 de diciembre de 2015, en la que declaramos 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».

Coherentemente, declara esta sentencia, en relación con el caso entonces examinado, que la adquisición de una empresa por otra no supone por sí mismo ninguna modulación en los principios de culpabilidad y responsabilidad en la medida en que la entidad resultante constituya la misma unidad económica y empresarial que antes de su adquisición; sin que a ello obste el cambio de denominación, la reorganización interna o incluso el cambio de forma jurídica, modificaciones derivadas del cambio de titularidad pero que no afectan a su responsabilidad como tal empresa por la conducta desarrollada hasta ese momento.

Más aún, añade esta misma sentencia que el cambio en el comportamiento de la empresa, tras la adquisición de la anterior, sin duda tiene relevancia como elemento de modulación de su responsabilidad que ha de ser valorada en tanto circunstancia atenuante de la misma por la actuación anterior -como efectivamente lo ha sido-, pero ello no significa que la empresa no haya incurrido en su etapa anterior en las conductas anticompetitivas sancionadas.

Esta doctrina impone, pues, necesariamente una ponderación casuística y circunstanciada de cada proceso de sucesión empresarial, a fin de valorar si en el caso examinado se da esa continuidad empresarial material, con independencia del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador" (Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 459/2017 de 15 Marzo de 2017, Rec. 2078/2014). (En el mismo sentido Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia 346/2016 de 3 Mayo 2016, Rec. 2046/2013 (para un caso de sucesión)).

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

La demandante cuestiona que pueda aplicarse la doctrina que cita la resolución impugnada en torno a la fusión y disolución de personas jurídicas (STS 18 de abril de 1994, 20 de septiembre de 1996, 14 de febrero de 2007) para justificar la responsabilidad de BFA; pero lo cierto es que la misma está bien traída al caso, porque lo relevante es el fenómeno de la sucesión y la continuación de la actividad en cuyo ámbito se cometió la infracción. Y en cualquier caso, el artículo 73.1 de Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, regula las escisiones y segregaciones, con una remisión al régimen de fusiones, debido a la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque de patrimonios (artículo 23 Ley 37/2009).

El artículo 71 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles (en adelante, LME), establece que por medio de la figura de la segregación se transmitirán por sucesión universal la totalidad de los activos y pasivos que constituyan una unidad económica o rama de actividad de una sociedad (la sociedad segregada) a favor de otra sociedad (la sociedad beneficiaria o varias de ellas, si fuera el caso). Con ello, serán transmitidos en bloque dichos activos y pasivos a favor de la beneficiaria sin que sea necesario recabar el consentimiento de los acreedores de la referida unidad económica objeto de cesión. La Sala de lo Civil del Tribunal Supremo se ha

pronunciado en este sentido, en reciente sentencia de 13 de julio de 2017, en la que recuerda que: “La sentencia 796/2012, de 3 de enero de 2013, en un supuesto de escisión parcial de una unidad de negocio, califica esta modalidad de transmisión como un acto de sucesión universal donde las relaciones jurídicas se transmiten en bloque y, el hecho de que una determinada deuda no se incluyera en el proyecto de escisión, no significa necesariamente que quedara fuera del referido efecto de la sucesión universal. Es lo que sucede en este caso; (...) dicha responsabilidad es consecuencia de la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque del negocio financiero”. (Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 439/2017 de 13 Julio 2017, Rec. 1972/2016).”

En aquel caso, la demandante pretendía que parte de la responsabilidad derivada de la infracción recayese sobre la Caja de Ahorros (por existir transformada, como obra social), cosa que negó la CNMV. Ahora, sin embargo, mantiene una tesis contraria, cuando lo cierto es que la antigua Caja –La Caixa- quedó transformada en fundación que recoge la obra social, y el negocio bancario quedó transferido en bloque –y así lo expresa la CNMV- a Caixabank. La aplicación de las normas indicadas, nos ha de llevar a mantener que esa segregación con traspaso de una unidad en bloque comporta, como bien afirma la demandante, que la responsabilidad de La Caixa ha de ser asumida por la nueva entidad Caixabank.

No cabe sancionar un mismo comportamiento, por mucho que se prolongue en el tiempo, mediante la imposición de dos sanciones a dos entidades distintas cuando una de ella sucede a la otra. En tal 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 acuerdo impugnado y la defensa que del mismo plantea la Abogacía del Estado parte, a nuestro juicio, de un dato erróneo sobre el que pivota todo su planteamiento; a saber, que la Caja de Ahorros como tal seguía siendo una entidad de crédito que ejercía de modo indirecto la actividad bancaria. Tal premisa es errónea, porque desde la segregación la Caja perdió tal condición convirtiéndose en fundación de carácter especial con prohibición y pérdida de la licencia para ejercer la actividad bancaria. El artículo 6 del Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros dispuso que:

“1. Las Cajas de Ahorros podrán acordar la segregación de sus actividades financiera y benéfico-social mediante el régimen previsto en este artículo en los siguientes casos:

- a) Conforme a lo previsto en el apartado 7 del artículo anterior.*
- b) Como consecuencia de la renuncia a la autorización para actuar como entidad de crédito y en los demás supuestos de revocación.*
- c) Como consecuencia de la reestructuración o resolución de una entidad de crédito de conformidad con lo previsto en la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, siempre que así se determine en los correspondientes planes de reestructuración o resolución (Letra c) del número 1 del*

artículo 6 redactada por el apartado dos de la disposición final decimotercera de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito (BOE 15 noviembre).

A tal efecto traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en una fundación de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito. (...)"

Lo establecido en las letras a) y c) de este apartado será también de aplicación a aquellas cajas de ahorros que, de forma concertada, ejerzan en exclusiva su objeto como entidades de crédito a través de una entidad de crédito controlada conjuntamente por todas ellas. En tal caso, las cajas integrantes traspasarán todo el patrimonio afecto a su actividad financiera a otra entidad de crédito a cambio de acciones de esta última y se transformarán en fundaciones de carácter especial perdiendo su condición de entidad de crédito.

La fundación centrará su actividad en la atención y desarrollo de su obra benéfico social, para lo cual podrá llevar a cabo la gestión de su cartera de valores. La fundación deberá destinar a su finalidad benéfico-social el producto de los fondos, participaciones e inversiones que integren su patrimonio. Auxiliariamente, podrá llevar a cabo la actividad de fomento de la educación financiera".

Este precepto fue derogado por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, cuyo artículo 34 impuso la obligación de transformación y pérdida de la autorización para actuar como entidad de crédito: "1. 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".

La Caixa dejó de existir como entidad de crédito, ya que los activos y pasivos que componían el negocio bancario y financiero se transmitieron en bloque a la nueva entidad de crédito CaixaBank, de ahí que deba estimarse el motivo, en tanto que las sanciones impuestas a La Caixa no han respetado los preceptos a los que nos hemos referido. Por consiguiente, es necesario anular las sanciones impuestas a La Caixa.

3.4.- Vemos que la primera sanción comprende un comportamiento descrito como incumplimiento de las obligaciones de información establecidas en los apartados 5 y 7 del artículo 79 bis de la Ley 24/1988 de 28 de julio del Mercado de Valores 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 conveniencia o incongruencia con el objetivo de inversión, en el procedimiento de comercialización de productos complejos (artículo 99 z) bis LMV); y en la segunda y tercera los hechos son haber incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 70 quarter de la LMV 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 100% ex cupón siendo el valor razonable o de mercado sensiblemente inferior, y concurriendo de manera simultánea y adicional la comercialización en primario de nuevas emisiones de características similares y en condiciones más beneficiosas (artículo 99 z) bis LMV). Quiere decir que la primera infracción queda impune al verificar que la responsabilidad no correspondería a ese sujeto. Por el contrario, en el caso de la segunda y tercera sanción se trata de unos mismo hechos, o muy semejantes, que se han prolongado en el tiempo pero que impiden la doble sanción, de acuerdo con el “non bis in ídem”. El artículo 133 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que: *“no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento”*.

Respecto a la identidad de sujeto, objeto y bien jurídico protegido, que exige dicho principio, la CNMV sostiene que la presencia de varios sujetos con personalidad jurídica (La Caixa y Caixabank) impide aplicar el “non bis in ídem”; razonamiento que no tiene en consideración la segregación del negocio bancario desde La Caixa a Caixabank 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.

Lo razonado hasta aquí nos lleva a dos consecuencias: 1) que en relación a la personalidad de la sanción, la responsabilidad derivada del negocio bancario correspondía a Caixabank, y no a la Caixa; 2) que el principio del non bis in ídem impone no sancionar dos veces a la Caixa y a Caixabank por unos mismos hechos que se prolongaron en el tiempo, hasta el cese de la practica a instancia de la CNMV.

Por lo tanto, si hemos de anular las sanciones impuestas a La Caixa, para ultimar el examen del recurso podemos prescindir de todos los motivos que se anudan a las infracciones cometidas por esta última en relación a los deberes de información. Por lo que pasamos a conocer el motivo que hace referencia a la infracción que sanciona la falta de gestión adecuada de los conflictos de intereses.

CUARTO.- Inexistencia de conflictos de interés.

4.1.- La demandante alega que la resolución impugnada ha considerado la existencia de conflictos de interés entre los clientes compradores y vendedores, señalando en la página 34 que: *“nos encontramos ante un claro conflicto de interés ente los clientes que compraban las emisiones antiguas y los que las vendieron, puesto que su valor razonable era muy inferior a aquel en que se realizaron las transacciones (mientras los compradores se veían perjudicados comprando al 100% algo cuyo valor razonable era muy inferior, los vendedores se veían beneficiados al realizar la operación inversa)”*. Pero lo cierto es que el conflicto se ha valorado, no considerando las condiciones del mercado en el periodo objeto de análisis (junio 2009-febrero 2010) sino la evolución posterior del sector durante fechas posteriores hasta 2012. Durante el periodo junio 2009-febrero 2010 la valoración

generalizada de las participaciones preferentes era del 100% en el caso de La Caixa. Se incurre en el error de valorar con criterios de 2012 los hechos acaecidos con anterioridad; vulnerando el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (artículo 9.3 CE y 128 Ley 30/1992).

La intermediación en esas condiciones no perjudicaba a ningún cliente, y por tal razón ni se generaba ningún conflicto de interés, ni era necesaria la adopción de medidas especiales conforme al artículo 70 quáter de la LMV y 46 y 47 del Real Decreto 217/2018.

Argumenta que la CNMV vulnera el principio de tipicidad y legalidad sancionadora, al calificar la infracción como infracción muy grave del artículo 99 z) bis LMV que tipifica *“La falta de medidas o políticas de gestión de conflictos de intereses o su inaplicación, no ocasional o aislada, por parte de quienes presten servicios de inversión (...)”*. Esta norma exige que la falta de medidas o políticas de gestión y/o su inaplicación sea “no ocasional o aislada”. En el caso de La Caixa tuvo en cuenta los criterios de la Confederación Española de Cajas de Ahorros –CECA- en el ámbito de implementación de la Directiva MiDIF, e implantó en el Reglamento de Conducta en el ámbito del Mercado de Valores el modelo de la Confederación de Cajas de Ahorro (Título IV “Política de gestión de los conflictos de interés”). El texto es el aprobado por la CECA, y entre dichas medidas no se contemplaba la existencia de un conflicto de interés en la intermediación de operaciones entre clientes en relación a las preferentes, por lo que no se ha inaplicado, ni siquiera de forma ocasional o aislada, ninguna de las medidas o políticas de los conflictos de interés.

Las operaciones entre clientes eran una práctica de mercado conocida y amparada por la CNMV, y así se admite en la Carta al Sector en junio de 2010; si bien los precios de negociación habituales eran en torno al 100% del valor nominal, como puede constatarse en los boletines diarios de operaciones del Mercado de Renta Fija AIAF. Hasta la crisis financiera el mercado de las preferentes era en general igual a su valor nominal, siendo frecuente que las transacciones entre clientes de la misma entidad se realizaran por el valor nominal o por un precio muy cercano a este. Es cuando comienza la crisis y en particular a partir de mayo de 2010 cuando cambia la valoración del mercado respecto de algunas -no todas- las participaciones preferentes, considerándose que el valor de mercado ya no era tan cercano al nominal.

En conclusión este tipo de operaciones al 100% del nominal no comportaba ningún conflicto de interés, y al tratarse de una práctica extendida y tolerada, entendió que era una práctica lícita (error de prohibición), y que la conducta no es sancionable habida cuenta de la confusión acerca de la antijuridicidad (STJUE de 12 de noviembre de 1987).

4.2.- El artículo 70 quáter de la LMV (“Conflictos de interés”) impone la necesidad de adoptar algo más que una norma de conducta, sino una norma interna de organización que entronca con la Directiva MiFID, entre cuyos objetivos está precisamente identificar potenciales conflictos de intereses con los clientes y establecer políticas de gestión de los mismos en términos de eficacia (artículo 21 y 22 Directiva 2006/73/CE de la Comisión de 10 de agosto de 2006 por la que se aplica la Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo relativo a los requisitos organizativos y las condiciones de

funcionamiento de las empresas de inversión, y términos definidos a efectos de dicha Directiva). El artículo 70 quáter establece:

“1. De conformidad con lo dispuesto en la letra d), apartado 1, del artículo 70 ter, las empresas que presten servicios de inversión deberán organizarse y adoptar medidas para detectar posibles conflictos de interés entre sus clientes y la propia empresa o su grupo, incluidos sus directivos, empleados, agentes o personas vinculadas con ella, directa o indirectamente, por una relación de control; o entre los diferentes intereses de dos o más de sus clientes, frente a cada uno de los cuales la empresa mantenga obligaciones.

A tales efectos no se considerará suficiente que la empresa pueda obtener un beneficio, si no existe también un posible perjuicio para un cliente; o que un cliente pueda obtener una ganancia o evitar una pérdida, si no existe la posibilidad de pérdida concomitante de un cliente.

Igualmente deberán aprobar, aplicar y mantener una política de gestión de los conflictos de interés que sea eficaz y apropiada a su organización, destinada a impedir que los conflictos de interés perjudiquen los intereses de sus clientes.

2. Cuando las medidas organizativas o administrativas adoptadas para gestionar el conflicto de interés no sean suficientes para garantizar, con razonable certeza, que se prevendrán los riesgos de perjuicio para los intereses del cliente, la empresa de servicios de inversión deberá revelar previamente la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por cuenta del mismo.

3. Reglamentariamente se establecerán las reglas para la identificación y registro de los conflictos de interés, y las medidas, requisitos organizativos y políticas que deban adoptarse para garantizar la independencia del personal que ejerce actividades que impliquen riesgo de conflicto de interés, así como la información que deba suministrarse a los clientes afectados o al público en general”.

La letra d), apartado 1, del artículo 70 ter ordena: *“d) Disponer de medidas administrativas y de organización adecuadas para evitar que los posibles conflictos de interés regulados en el artículo 70. quáter perjudiquen a sus clientes.*

Asimismo deberán establecer medidas de control de las operaciones que realicen, con carácter personal, los miembros de sus órganos de administración, empleados, agentes y demás personas vinculadas a la empresa, cuando tales operaciones puedan entrañar conflictos de interés o vulnerar, en general, lo establecido en esta Ley”.

El Reglamento de desarrollo detalla los conflictos, los objetivos de la política de gestión e impone la obligación de establecer un registro de servicios que originan conflictos de interés perjudiciales (artículo 46 Real Decreto 217/2008).

En este supuesto, en el acuerdo sancionador impugnado se detalla que se imputa a La Caixa y a Caixabank el incumplimiento del deber de establecimiento de medidas destinadas a detectar, impedir y gestionar los conflictos de interés generados por la

intermediación de operaciones en el periodo 1 de junio de 2009 a 28 de febrero de 2010, durante el que la entidad intermedió en el mercado secundario dos emisiones antiguas casando operaciones al 100% ex cupón, siendo así que los aplicativos informáticos no permitían limitar el precio al que los clientes cursaban las órdenes sobre estos instrumentos, lo que obligaba a los clientes a cursar las órdenes al único precio el 100% ex cupón. El valor de las emisiones era significativamente inferior al 100%, y adicionalmente a igualdad de precio -100%- las emisiones más recientes eran objetivamente más beneficiosas que las de las emisiones antiguas (coexistían emisiones con características y riesgos similares o idénticos pero con condiciones financieras diferentes y con valores razonables distintos). Es claro el conflicto, en tanto que los clientes vendedores quedaban beneficiados con el consiguiente perjuicio para las posiciones compradoras.

En un segundo momento, el 16 de julio de 2010 la CNMV difundió públicamente una comunicación dirigida al sector identificando malas prácticas en el proceso de comercialización de renta fija e instrumentos híbridos. Esta comunicación tiene el siguiente contenido:

“En relación con el proceso de comercialización y negociación posterior a la emisión resulta oportuno señalar los siguientes aspectos que afectarían tanto a emisiones en circulación como a las que se vayan a emitir en un futuro:

Para las emisiones en que la liquidez no se facilite a través de una plataforma electrónica de las señaladas anteriormente, constituye una mala práctica que las entidades proveedoras de liquidez coticen posiciones compradoras a precios significativamente inferiores al valor razonable, o posiciones vendedoras a precios significativamente superiores al valor razonable (considerando, en ambos casos, las horquillas habituales en mercado).

Constituye también una mala práctica la existencia de mecanismos internos de case de operaciones entre clientes minoristas de la entidad emisora y/o comercializadora de los valores, o entre clientes y la propia entidad, que presta el servicio de inversión, salvo que se gestionen adecuadamente los conflictos de interés existentes en estos casos. Ello se conseguiría cuando se obtenga un mejor o igual resultado para los clientes que el que se obtendría acudiendo a la entidad de liquidez o -a la plataforma electrónica multilateral o bien cuando se acredite que la transacción se realiza a un precio próximo al valor razonable (considerando las horquillas habituales en mercado) en caso de que no exista contrato de liquidez o éste se haya agotado.

Las entidades que prestan servicios de inversión deberán incluir en su política de ejecución de órdenes los procedimientos necesarios para el cumplimiento de las pautas anteriores.

Estas pautas van encaminadas a reforzar la protección de los inversores en unos productos que por sus características y por la situación del mercado actual requieren una especial vigilancia sobre los que entendemos que las entidades emisoras procurarán volcar su experiencia y medios en aras de los mejores intereses de sus clientes.

Finalmente, le comunico que es intención de la CNMV continuar en la línea de refuerzo de las tareas de supervisión en este ámbito y maximizar su difusión pública de estos criterios, por lo que le ruego que dé traslado de esta carta a sus asociados”.

En particular, el 13 de octubre de 2011 la Dirección General de Entidades remitió un requerimiento a la Entidad para que adoptase medidas inmediatas y efectivas que eliminase las malas prácticas identificadas, y que los clientes no adquiriesen a partir de la recepción de la comunicación ninguno de los instrumentos híbridos emitidos por la entidad o su grupo a precios significativamente alejados de su valor razonable, y para que modificase sus sistemas de gestión de órdenes antes del 1 de enero de 2012. Como consecuencia cesó en sus prácticas.

4.3.- Las alegaciones de la parte demandante dan por sentado que ni habían adoptado las medidas necesarias para detectar el conflicto, y ni siquiera disponían de los medios precisos para solventarlo sin potencial perjuicio para sus clientes. El comportamiento se prolongó en el tiempo, conforme hemos visto, sin que hubiera adaptación a las disposiciones legales, que como hemos expresado, no solo demandaban un código de conducta, sino una norma interna de organización que no fue observada.

Por lo que respecta a la tolerancia que se invoca, debe señalarse en primer término que esa tolerancia se vincula siempre a supuestos en los que no existe conflicto de intereses ni perjuicio para los clientes, como reconoce en el propio alegato que hace el demandante.

Tampoco puede aceptarse una vinculación a la tolerancia, con base en la jurisprudencia comunitaria que cita, puesto si bien en un caso el Tribunal de Justicia anuló una decisión que imponía una multa, argumentando que: *“la Comisión ha actuado contra la confianza que la sociedad demandante hubiera podido depositar legítimamente en que se mantuviera la tolerancia admitida durante dos años. Por consiguiente, procede estimar el segundo motivo de la parte demandante y disponer la anulación de la Decisión impugnada”* (Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Quinta) de 12 de noviembre de 1987. SpA Ferriere San Carlo contra Comisión de las Comunidades Europeas, asunto 344/85, European Court Reports 1987 -04435, ECLI:EU:C:1987:486), este asunto se refiere a una Decisión ausente de claridad en relación a una práctica referente a los excedentes de cuotas, en el que no medió un requerimiento previo como aquí acaece, y por tanto no puede extrapolarse de forma general. Pero, por el contrario, sí que ha de tenerse en cuenta que una práctica ilegal no puede operar como precedente, y así se recoge en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de noviembre de 1996, asunto C-84/94, que recuerda: *“que, según reiterada jurisprudencia, una mera práctica del Consejo no puede establecer excepciones a normas del Tratado, ni puede, por tanto, sentar un precedente que vincule a las Instituciones de la Comunidad respecto a la base jurídica correcta (véanse, en particular, las sentencias de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo, 68/86, Rec.p. 855, apartado 24, y de 26 de marzo de 1996, Parlamento/Consejo, C-271/94, Rec.p.I-1689, apartado 24)*. El motivo debe desestimarse.

QUINTO.- Inadmisibilidad y parcialidad del informe de la dirección general de entidades- DSEE.

La demandante rechaza finalmente el informe de la DSEE que ha sido considerado en el acuerdo sancionador, entendiéndolo que carece de imparcialidad, toda vez que ese informe viene dado por una inspección previa que aconseja la apertura del procedimiento, y con posterioridad se emite nuevo informe técnico. El informe a que se refiere debe contemplarse en el marco del artículo 83 de la Ley 30/1992, que considera que estos informes técnicos, destinados a proporcionar una opinión específica de un determinado ámbito científico, técnico etc. no son vinculantes. Y vienen a dotar al órgano decisor de elementos de juicio precisos para resolver. Por su carácter técnico, y por la especialidad de quien los emite, vienen dotados de la nota de imparcialidad, salvo que se pruebe lo contrario.

Las alegaciones de la parte no tienen entidad suficiente para poner en duda la imparcialidad del órgano en cuestión, sobre todo porque las apreciaciones recogidas en el acuerdo impugnado con base en ese informe no se contradicen con las del informe de 8 de enero de 2013 (don A.J.F. y don R.M.P.) incorporado como anexo al expediente. En efecto, tanto un informe como otro aclaran la dificultad para calcular los perjuicios que derivan de la comercialización de los productos complejos (acciones preferentes y deuda subordinada) y las pautas de ponderación de los productos en el mercado por medio de las operaciones en AIAF. No existe contradicción o signos que nos lleve a considerar una falta de imparcialidad.

Añade la demandante que este informe técnico nada prueba, si no es una mera opinión, no apta para destruir la presunción de inocencia (artículo 24 CE). Tampoco es acogible el motivo porque el informe técnico no solo recoge una calificación sino además hechos constatados que son los que están en la base de la imputación. Y estos hechos, son aceptados sustancialmente en el informe de parte, lo que corrobora de nuevo la falta de solidez del motivo.

SEXTO.- Costas.

Como quiera que el recurso es estimado en parte, no procede efectuar condena en costas a ninguna de las partes, conforme a la norma que establece el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLO

ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo promovido por **FUNDACIÓN BANCARIA CAIXA D'ESTALVIS I PENSIONS DE BARCELONA** (antigua Caja de Ahorros y Pensiones de Barcelona- La Caixa-) y **CAIXABANK, 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 no ser conforme a derecho.

Y en su lugar **se anula dicha resolución en lo referente a las sanciones impuestas a La Caixa, que se dejan sin efecto; confirmando en todo lo demás el acuerdo sancionador y la resolución que lo confirma.**

Sin condena en costas a ninguna de las partes.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1- 3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual será remitido en su momento a la oficina de origen a los efectos legales, junto con el expediente administrativo, en su caso, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.