

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 4 DE OCTUBRE DE 2017

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 242/2015
Ponente: Dª. Ana María Sangüesa Cabezudo
Acto impugnado: Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 7 de abril de 2015
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a 4 de octubre 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 242/2015**, seguido a instancia de **BFA TENEDORA DE ACCIONES, S.A.U.** quien actúa representada por el procurador don F.B.A. y defendido por el letrado don L.M.C., contra la Resolución de 7 de abril de 2015 por el Sr. Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Sr. Ministro de Economía y Competitividad, siendo demandada la Administración del Estado, representada y asistida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 10 de junio de 2015 fue presentado escrito por el procurador don F.B.A., interponiendo recurso contencioso-administrativo frente a la Resolución de 7 de abril de 2015 por el Sr. Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad por la que se resuelve el expediente sancionador incoado a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA, a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), a CAIXA DESTALVIS LAYETANA (CAIXA LAIETANA), a BANKIA, S.A. (BANKIA) y a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. (BFA), por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores. El contenido de dicho Acuerdo es el siguiente:

“PRIMERO.- Declarar la responsabilidad de BANCAJA, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra z) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al no gestionar, adecuadamente los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable por el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 22 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- Declarar la responsabilidad de CAJA MADRID, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra z) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al no gestionar, adecuadamente los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable por el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 22 de mayo de 2011.

TERCERO.- Declarar la responsabilidad de CAIXA LAIETANA, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra z) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al no gestionar, adecuadamente los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable por el tiempo comprendido entre el 21 de junio de 2010 y el 22 de mayo de 2011.

CUARTO.- Declarar la responsabilidad de BANKIA, por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99, letra z) bis, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido en el artículo 70 quáter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, al no gestionar, adecuadamente los conflictos de interés generados por la realización de cases entre sus clientes a precios significativamente alejados de su valor razonable por el tiempo comprendido entre el 23 de mayo de 2011 y el 15 de noviembre de 2011.

QUINTO: Imponer a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. actualmente, BFA TENEDORA DE ACCIONES, SAU, como sucesor en la responsabilidad declarada de: 1) BANCAJA una MULTA por importe de UN MILLÓN (1.000.000 Euros). 2) CAJA MADRID una MULTA por importe de UN MILLÓN (1.000.000 Euros). 3) CAIXA LAIETANA, una MULTA por importe de CIENTO MIL EUROS (100.000 Euros).

SEXTO: Imponer a BANKIA, S.A., como responsable de la referida comisión de una infracción muy grave del artículo 99 z) bis de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por el incumplimiento de lo establecido el artículo 70 quáter de la misma Ley, desde el 23 de mayo hasta el 15 de noviembre de 2011, una MULTA por importe de UN MILLÓN DE EUROS (1.000.000 Euros)."

SEGUNDO.- Admitido a trámite el escrito, previa la subsanación de defectos, se tuvo por interpuesto el recurso, se acordó su sustanciación de acuerdo con lo previsto en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción contenciosa-administrativa, teniendo por personado y parte al procurador indicado, y reclamado el expediente de la Administración demandada, se dio traslado del mismo a la recurrente una vez recibido para que presentara demanda en legal forma. Evacuado el traslado conferido dentro de plazo, formuló 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 no conforme a derecho la resolución impugnada.

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.- A instancia de la parte actora se recibió el procedimiento a prueba y se fijó la cuantía del proceso en 2.100.000 euros, practicándose prueba documental, con el resultado que obra en autos, tras lo cual las partes presentaron sus escritos de conclusiones, en los que tras valorar el resultado de la prueba y exponer los fundamentos que estimaron de aplicación al caso, reiteraron los pedimentos contenidos en sus escritos de demanda y contestación.

QUINTO.- Cumplimentados los trámites, quedaron los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo, el cual quedó fijado para el día 19 de septiembre de 2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- TRANSMISIÓN A BFA DE LOS ACTIVOS Y PASIVOS ASOCIADOS AL NEGOCIO BANCARIO DE LAS CAJAS IMPUTADAS. LAS CAJAS IMPUTADAS MANTUVIERON SU PERSONALIDAD JURÍDICA, SU PROPIO PATRIMONIO, SU CONDICIÓN DE ENTIDADES FINANCIERAS Y CONTINUARON EJERCIENDO INDIRECTAMENTE SU ACTIVIDAD FINANCIERA.

1.1.- Bajo este epígrafe la demandante cuestiona que la Orden impugnada observe el principio de personalidad de la sanción, toda vez que estima que se ha obviado la normativa aplicable y la doctrina en materia de responsabilidad de las personas jurídicas. En particular, considera que la fecha tomada en cuenta por la CNMV para imponer la sanción se sitúa en el 23 de mayo de 2011, fecha del acuerdo de segregación parcial, en la que BFA recibió el negocio bancario y parabancario de las siete Cajas de Ahorro imputadas y se lo transmitió a BANKIA, con exclusión de determinados activos financieros que seguirían siendo titularidad de BFA (entre los que se encontraban los instrumentos híbridos que han dado lugar al expediente sancionador).

Remarca la demandante que BFA no ha realizado ninguna de las conductas sancionadas, ya que fueron las Cajas las que gestionaron el negocio bancario y aplicaron los sistemas de case en los que se basa la infracción; tras la segregación parcial de BFA el 23 de mayo de 2011, las Cajas mantuvieron su personalidad jurídica con su propio patrimonio, y continuaron ejerciendo su actividad financiera; de forma indirecta al amparo del artículo 5 del Real Decreto-Ley 11/2010 de 9 de julio de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorro.

Considera la actora que no cabe atribuir responsabilidad a BFA por hechos cometidos por otras entidades que continuaron existiendo y subsisten en la actualidad. En el momento de la transmisión de la actividad bancaria a BFA las Cajas continuaron ejerciendo su actividad de forma indirecta e incluso mantuvieron la titularidad y actividad de Monte de Piedad. La Administración no ha argumentado sobre la sucesión en la responsabilidad, resolviendo a su arbitrio la situación, e ignora que las Cajas de Ahorro han sufrido un proceso de transformación, de acuerdo con las disposiciones del Real Decreto-Ley 11/2010 y en la Ley 9/2012 de 14 de noviembre de reestructuración y resolución de entidades de crédito. La transformación comporta un nuevo tipo social, pero con conservación de la personalidad jurídica (artículo 3 Ley 3/2009 de 3 de abril sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles) y, por tanto, de acuerdo con el principio de personalidad, deberán asumir, en su caso, como fundaciones sus eventuales responsabilidades sancionadoras.

1.2.- 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. Pretende la reestructuración de las Cajas mediante nuevas alternativas que permiten fortalecer las Cajas, y así 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).

Esto es precisamente lo acaecido en este caso, conforme pone de manifiesto la resolución impugnada en el relato de hechos, extraído de los informes elaborados por la Dirección General de Entidades -Departamento de Supervisión ESI-ECA- de 11 de febrero de 2013 y 18 de febrero de 2014. En efecto, la resolución recurrida expone en los folios 59 y ss las operaciones corporativas que han afectado a las entidades con posterioridad a la comisión de la infracción, y distingue dos momentos esenciales, con trascendencia jurídica a los efectos de apreciar la transmisibilidad de su responsabilidad a sus sucesoras:

A) “El primer momento o hito se produce con ocasión de la segregación de los activos y pasivos de las Cajas de Ahorros a BFA. Así, el 28 de enero de 2011 se acuerda la cesión a BFA de la titularidad de todos los activos y pasivos afectos al respectivo negocio bancario minorista de las siete Cajas de Ahorro, aprobándose el proyecto de segregación el 17 de febrero de 2011.

En este sentido, en las escrituras de segregación de las tres Cajas-BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA- de 16 de mayo de 2011 se indicaba que BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A., al adquirir en bloque el patrimonio efectivamente segregado de BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA, asume todas las obligaciones y queda subrogado en el ejercicio de todos los derechos y acciones integrados en el referido patrimonio que corresponde a estas Entidades, entendida dicha asunción y subrogación en su más amplio sentido, no sólo con respecto a los débitos, créditos, acciones y demás bienes del activo y pasivo que en los balances o inventarios consten debidamente reseñados o descritos, sino, también e incluso, respecto a cualesquiera otras obligaciones o derechos y relaciones

jurídicas activos o pasivas que formen parte o estén vinculados, como accesorios, al patrimonio efectivamente segregado que, en su caso, hubieran sido omitidos o insuficientemente descritos.

El 5 de abril de 2011 se acuerda un nuevo proyecto de segregación parcial para la aportación por BFA a Altae Banco SA (sociedad que cambio su denominación social a la actual BANKIA, SA) de los negocios bancarios, las participaciones asociadas al negocio financiero y el resto de activos y pasivos que recibirá BFA de las siete Cajas, excluyendo determinados activos y pasivos, entre ellos las participaciones preferentes y obligaciones subordinadas emitidas por BANCAJA, CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA. En este sentido, en la escritura de segregación del negocio bancario y financiero de BFA para su integración en BANKIA de fecha 16 de mayo de 2011, se indica que el BANCO (BFA) segrega la totalidad de su negocio bancario y financiero excepción hecha de los Activos y Pasivos Remanentes en Banco Financiero y de Ahorro (destacando, entre estos, (...) (b) en el lado de los pasivos, las participaciones preferentes suscritas por el FROB y determinadas emisiones de instrumentos financieros), transmitiendo en bloque a la sociedad beneficiaria de la segregación, BANKIA parte de su patrimonio empresarial compuesto por los elementos, que forman una unidad económica, identificados en el Perímetro de Segregación (...). Dichas participaciones preferentes y emisiones de instrumentos financieros son las que son objeto de consideración en el presente expediente.

Por su parte, las tres Cajas de Ahorro dejaron de prestar, directamente, los servicios de inversión, ejerciendo su objeto propio como entidad de crédito de manera indirecta con una nueva licencia bancaria, de conformidad con el régimen contemplado en el Real Decreto-Ley 11/2010, de 9 de julio. Dicha situación se mantiene hasta el 14 de diciembre de 2011, para el caso de CAJA MADRID y CAIXA LAIETANA y el 27 de diciembre de 2011, para el de BANCAJA.

En coherencia con este diseño de ejercicio indirecto, se produce una segregación en términos amplísimos de la actividad bancaria, primero a BFA y luego de ésta a BANKIA, si bien esta segunda segregación es parcial dado que BFA mantiene determinados activos y pasivos y al consiguiente patrimonio afecto a los mismos, razón por la cual, y en lo que aquí interesa, BFA adquirió por sucesión universal y no segregó a favor de BANKIA la totalidad de los pasivos a los que se refiere la presente Resolución así como los derechos y obligaciones a ellos afectos que se integraban en el patrimonio de las tres Cajas, subrogándose, en consecuencia, a cambio de tal traspaso, en las obligaciones, responsabilidades y cargas vinculados a dichos pasivos existentes al tiempo de la segregación”.

B) “El 27 de junio de 2012, BFA redujo su capital social a cero mediante la amortización de todas sus acciones para compensar pérdidas y, simultáneamente, ejecutó un aumento del capital social mediante la conversión de las participaciones preferentes convertibles que el FROB había suscrito el 28 de diciembre de 2010 en el marco del proceso de integración de las Cajas constituyentes de BFA. La entrada del FROB (que pasó a ser accionista único de BFA, al corresponderle el 100% del capital social), supuso la salida automática de las Cajas del Grupo lo Contractual del capital social de BFA.

Tras la pérdida de la participación en el capital social de BFA, todas las Cajas se vieron de forma sobrevenida sujetas a la obligación legal de transformarse en fundación de carácter especial, perdiendo su condición de entidad de crédito, de conformidad con los artículos 5 y 6 y la DT novena 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, tras la modificación de la Ley 9/2012 (Dichos preceptos han sido derogados por la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias, que dedica su Título II a las Fundaciones Bancarias).

La razón de la transformación de las Cajas en fundaciones de carácter especial, conforme a la normativa expuesta, radica en que si una Caja de Ahorros, incurre en causa legal de transformación, pierde automáticamente la autorización para actuar como entidad de crédito, debiendo transformarse en dicha fundación de carácter especial, al objeto de permitir la separación completa de la actividad bancaria y la obra social de las cajas de ahorro. Y es que como señala la Exposición de Motivos de la Ley 26/2013, de 27 de diciembre, de cajas de ahorros y fundaciones bancarias puesto que la Caja ya no ejerce actividad financiera alguna y centra sus funciones en la acción social no tiene justificación y supone en cierta medida una anomalía que mantenga la licencia bancaria. En dicho supuesto, la Caja dispone de un plazo de 5 meses para la ejecución de la citada transformación, y en caso de no hacerlo en dicho plazo, se producirá la disolución directa de todos los órganos de la caja de ahorros y la baja en el registro especial de entidades de crédito del Banco de España, quedando transformada en fundación bancaria u ordinaria, según proceda, adquiriendo personalidad jurídica como tal fundación desde la inscripción de la escritura pública de su constitución en el correspondiente registro (artículo 4.1 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones, que otorga a la inscripción en el Registro de Fundaciones carácter constitutivo, (...)).”

1.3.- Puede verse fácilmente que se ha producido una doble segregación desde las Cajas a BFA (primera operación), en la que hay una sucesión universal, y una segunda operación de segregación parcial desde BFA a BANKIA, si bien en este caso, BFA conserva parte de los pasivos -participaciones preferentes y subordinadas- que generan la responsabilidad que se reclama en el caso objeto de examen. Es patente que 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 unidad empresarial de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado. Y así sucede en el caso examinado. Por ello, no cabe tratar de trasladar la responsabilidad a las Cajas transformadas que se han perpetuado en el tiempo por el hecho de la segregación. Hemos visto que la segregación, considerada en sus dos fases, ha llevado a delimitar el negocio bancario propiamente y la obra social por otra, adaptándose a los dictados del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, permitiendo deslindar el negocio financiero como una rama independiente (o parte de él, como sucede en este caso), en cuyo seno se han producido las infracciones legales, y precisamente por ello las responsabilidades que se han generado se han transmitido a la entidad demandante. No cabe afirmar que la entidad primitiva subsiste, y que debe asumir las responsabilidades aquí cuestionadas, porque el negocio bancario fue cedido en bloque (quedando una parte diferenciada en poder de BFA), y fue separado de la obra social que finalmente quedó en manos de las

cajas transformadas.

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 la sucesión universal derivada de la transmisión en bloque de patrimonios (artículo 23 Ley 3/2009).

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).

1.4.- En la sentencia anotada se aclara además que la responsabilidad que pretende trasladarse a las Cajas transformadas (tesis del demandante), es una responsabilidad subsidiaria en virtud de la disciplina legal del régimen de escisión impuesto en el artículo 80 de la Ley 3/2009 (LME). En efecto, bajo la rúbrica *“Responsabilidad solidaria por las obligaciones incumplidas”* el artículo 80 prevé que: *“De las obligaciones asumidas por una sociedad beneficiaria que resulten incumplidas responderán solidariamente las demás sociedades beneficiarias hasta el importe del activo neto atribuido en la escisión a cada una de ellas y, si subsistiera, la propia sociedad escindida por la totalidad de la obligación”*. Por tanto, dice la sentencia de 13 de julio de 2017: *“como tras la primera segregación, CAM siguió subsistiendo hasta la constitución de la Fundación, que la sucedió a título universal en la parte no segregada, debe seguir respondiendo por la totalidad. La sentencia 8/2015, de 3 de febrero, interpretó dicho precepto al decir:*

«En un caso como el presente, en que la escisión ha sido parcial, la sociedad escindida sigue respondiendo de las deudas anteriores, aunque hubieran sido traspasadas a una de las beneficiarias, pues esta transmisión de deudas no libera a la anterior deudora, sino que incorpora nuevos obligados.» En cualquier caso, la responsabilidad de la sociedad

escindida, respecto de las deudas anteriores a la escisión y traspasadas a una sociedad beneficiaria, será subsidiaria, solidaria e ilimitada. Pero la subsidiariedad no exige que, previamente a la reclamación frente a la sociedad escindida, se haga excusión de todos los bienes de la beneficiaria, ni siquiera que conste que se le hubiera requerido de pago, sino que tan sólo precisa que se haya producido el incumplimiento de la obligación». (...).”.

El motivo no puede prosperar y ha de desestimarse.

SEGUNDO.- TIPICIDAD Y CULPABILIDAD.

Los motivos que se deducen a continuación vienen a cuestionar la sanción, mediante un conjunto de argumentos que ya han sido examinados por la Sala en la sentencia de 31 de mayo de 2017, rec. 244/2015, en la que se contemplaba la sanción impuesta a BANKIA en el acuerdo impugnado de 7 de abril de 2015 en relación a los hechos cometidos entre los días 23 de mayo a 15 de noviembre de 2011 imputados a dicha entidad.

En aquella ocasión señalábamos en el fundamento de derecho tercero que:

“El primer motivo de impugnación articulado en la demanda apunta a la falta de tipicidad de la conducta desarrollada por la demandante. La conducta de la actora no sería típica pues los sistemas internos de case de operaciones entre clientes sobre instrumentos híbridos darían satisfacción razonable a las exigencias del artículo 70 quáter LMV, por lo que no se habría incurrido en el tipo infractor ex artículo 99 z) bis LMV. Y, así, se alega que los referidos sistemas internos de case respondían a los principios de centralización y neutralidad, no influían en la determinación del precio del producto, y se limitaban a intermediar entre comprador y vendedor teniendo como referencia los precios del mercado AIAF. Se aduce que desde la normativa aplicable no le era exigible a la demandante que informara a sus clientes del valor razonable de los títulos, cuya exigencia impone el requerimiento de la CNMV de 13-10-2011 y que -se dice- la resolución impugnada ha aplicado retroactivamente en contra del principio de tipicidad. En resumen, se aduce que hasta el requerimiento de 13-10-2011 Bankia cumplió razonablemente las exigencias inherentes al deber de gestionar los conflictos de interés con la aplicación de los sistemas internos de cases que había heredado de las Cajas de Ahorro a las que sucede en el negocio, y a partir del susodicho requerimiento de 13-10-2011 cesó en la aplicación de dichos sistemas de case, de donde que su conducta sería atípica y no merecedora de sanción alguna.

Este primer motivo impugnativo no puede prosperar por la sencilla razón de que no se corresponde con la realidad la alegación de que hasta el requerimiento de 13-10-2011 la parte actora cumplió razonablemente los deberes que sobre gestión de conflictos de interés le imponía el artículo 70 quáter LMV pues lo cierto es que los sistemas internos de case aplicados no conllevaban una gestión adecuada de los conflictos de interés suscitados entre los clientes dado que la aplicación de dichos sistemas internos provocaba como resultado que las operaciones se casaran a un precio significativamente alejado del valor razonable de los títulos, y ello con el consiguiente perjuicio del comprador y

correlativo beneficio del vendedor.

La CNMV ya advirtió en una comunicación al sector de 16-6-2010 de la mala práctica que suponía la existencia de mecanismos internos de case de operaciones entre clientes minoristas de la entidad emisora y/o comercializadora de los valores salvo que se gestionaran adecuadamente los conflictos de interés existentes en estos casos, lo que se conseguiría -continuaba diciendo dicha comunicación cuando se obtuviera 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 acreditase que la transacción se realizaba a un precio próximo al valor razonable (considerando las horquillas habituales en mercado) en caso de no existir contrato de liquidez o de haberse éste agotado. Esta comunicación de la CNMV de 16-6-2010 al sector de referencia respondía a la preocupación de proteger al cliente minorista de productos híbridos y con este propósito se daban determinadas pautas para su comercialización encaminadas justamente 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-". En función de lo anterior, es de concluir que desde dicha comunicación de la CNMV de 16-6-2010 el sector implicado ya estaba advertido sobre los sistemas internos de case de operaciones en cuestión, sin que el sistema de case aplicado por Bankia observara las pautas de la precitada comunicación de 16-6-2010 en orden a la gestión adecuada de los conflictos de interés suscitados entre sus clientes dado que las operaciones se casaban a un precio significativamente alejado del valor razonable. En consecuencia, la parte actora incurrió en el tipo infractor ex artículo 99 z) bis LMV ("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 (...)"), y la sanción que se le impuso respondía a la falta de gestión adecuada del conflicto de interés que se suscitaba entre sus clientes en el seno del sistema interno de case de operaciones sobre productos híbridos y no, en cambio, por no informar al cliente del valor razonable del producto como pretende hacer ver Bankia.

El artículo 99 z) bis LMV responde a las exigencias del principio de tipicidad, y el artículo 70 quáter de la misma LMV y su desarrollo reglamentario (artículo 44 y siguientes del Real Decreto 217/2008) son suficientemente claros y no establecen meros principios cual alega la recurrente, sino deberes taxativos de no difícil interpretación a la luz de los criterios técnicos del sector de referencia en orden a la gestión de los conflictos de interés que pudieran presentarse, siendo así que la susodicha comunicación de la CNMV de 16-6-2010 precisa el alcance de la gestión del conflicto de interés que debería llevarse a cabo en relación con la operación de case sobre productos híbridos. Los posteriores requerimientos de 1-4-2011 y de 13- 10-2011 están en línea de cumplimiento de aquella comunicación de 16-6-2010, comunicación esta última que sobre el particular que ahora interesa era suficientemente expresiva en relación con las pautas que marcaba al sector.

La parte actora esgrime para legitimar su actuación la neutralidad característica del sistema de case que aplicaba, pero las notas de imparcialidad y neutralidad no eran suficientes para gestionar adecuadamente el conflicto de interés que se generaba con el sistema interno en cuestión de case de operaciones pues le era exigible a dicha parte ex artículo 79 LMV un comportamiento diligente en favor del interés del cliente y en caso de conflicto no priorizar a ninguno de los clientes implicados siendo así que en el supuesto

enjuiciado el comprador era claramente perjudicado al adquirir el producto al 100% de su valor nominal, lo que beneficiaba también claramente al vendedor al producirse el case de la operación a un precio significativamente alejado del valor razonable.

En función de todo lo anterior es de concluir que la tipicidad de la conducta de la parte actora deriva directamente del artículo 99 z) bis LMV, cuyo precepto cumple satisfactoriamente las exigencias del principio de legalidad, y la comunicación de la CNMV de 16-6-2010 y los posteriores requerimientos de 1-4-2011 y de 13-10-2011 no añadieron ningún elemento nuevo adicional a aquel tipo infractor, que por sí mismo cumplía las exigencias del principio de tipicidad. En suma, la referida norma cumplía el requisito de taxatividad o lex certa, y conforme a la misma la conducta de la parte actora devenía típicamente antijurídica, por lo que este primer motivo de impugnación ha de claudicar”.

TERCERO.- Por lo que respecta a la falta de culpabilidad como elemento de la infracción administrativa, la Sala expresó que: *“En orden a justificar la falta del elemento esencial de la culpabilidad la parte actora ofrece varias razones. En primer lugar, se fija en las circunstancias en que Bankia asume los sistemas internos de case de las Cajas de Ahorro a las que sucede en el negocio, y por otra parte aduce el carácter abierto del artículo 70 quáter LMV y una supuesta actitud tolerante de la CNMV con la práctica de los sistemas internos de case de operaciones hasta el requerimiento de 13-10-2011 que habría inducido a Bankia a seguir aplicando dichos sistemas en virtud del principio de confianza legítima, lo que permitiría concluir que no habría por parte de dicha entidad un comportamiento culpable, sino una aplicación razonable de la norma.*

Se aduce por la parte actora en relación con aquellas circunstancias en que asumió los sistemas de case diseñados por las Cajas de Ahorro a las que sucede que el periodo de tiempo en que aplicó dichos sistemas y que tuvo en cuenta la resolución sancionadora fue muy corto para poder corregir tales sistemas teniendo en cuenta además la ingente labor de integración institucional y tecnológica que tuvo que emprender en relación con las Cajas reestructuradas a las que sucede, por lo que en aquel escaso periodo temporal Bankia no pudo hacer otra cosa que lo que hizo. Se alega que Bankia partió de la presunción de validez de los sistemas de case heredados de las Cajas que habían sido tolerados por la CNMV, no podía paralizar el sistema de case que proporcionaba liquidez al mercado de los productos híbridos de referencia y tampoco podía migrar a la plataforma SEND de forma instantánea e inmediata dada la ingente labor que estaba realizando de integración de los sistemas y procedimientos de las distintas Cajas a las que había sucedido en el negocio, y si llevó a cabo dicha migración tras el requerimiento de 13-10-2011 fue porque entonces tenía ya avanzado el proceso. En resumen, resultaría que en el periodo temporal por el que se le sanciona (23 de mayo a 15 de noviembre de 2011) no le sería exigible a Bankia un comportamiento distinto al que tuvo, a lo que se añade que nunca la actora tuvo voluntad de infringir la norma.

Pues bien, este segundo motivo de impugnación de la sanción litigiosa tampoco resulta plausible. La nota de culpabilidad es predicable de la actuación de Bankia que se reprocha con la sanción por una inobservancia de la diligencia debida ya que Bankia estaba sometida a la LMV y no cumplió los deberes que le incumbían en relación con la gestión adecuada de los conflictos de interés generados en los sistemas internos de case de operaciones sobre los

productos de referencia. Es verdad que Bankia nace en un contexto de crisis económica y de reestructuración de las distintas Cajas de Ahorro a las que sucede en el negocio, pero no puede desconocerse que desde su nacimiento Bankia estaba sujeta a la LMV y no cumplió en lo que hace al caso con sus deberes de adecuada gestión de conflictos de interés ex artículo 70 quáter LMV, incurriendo con ello en el tipo infractor del artículo 99 z) bis LMV. La sanción que se impone a Bankia toma en cuenta su actuación en los primeros meses de su andadura tras su nacimiento, y no cabe desconocer las difíciles circunstancias en que tuvo que desarrollar su actuación en aquellos primeros meses, pero no ha quedado probado que Bankia no tuviera alternativa viable respecto a la conducta que observó respecto a la aplicación de los sistemas internos de case heredados de las Cajas a las que sucedió. No disponemos de elementos de juicio técnicos en relación con la posibilidad de la parte actora de cesar en la aplicación de los sistemas internos de case que proporcionaban liquidez al mercado de los productos híbridos de referencia, no existe prueba de la imposibilidad de migrar a la plataforma multilateral SEND antes de que lo hiciera tras el requerimiento de 13-10-2011, y en cualquier caso y en defecto de cualquier otra alternativa factible debía dicha parte ex artículo 70 quáter.2 LMV revelar la naturaleza y origen del conflicto al cliente antes de actuar por su cuenta. Fluye de lo anterior que no resulta plausible el argumento de la inexigibilidad de un comportamiento distinto como causa de inculpabilidad en cuanto eximente de responsabilidad, y ello sin perjuicio de que la propia resolución sancionadora ha tenido en cuenta las difíciles circunstancias del nacimiento de Bankia asumiendo los sistemas internos de case de las Cajas a las que sucede para aplicar el principio de proporcionalidad a la hora de calibrar la sanción que en definitiva se le impuso.

Tampoco es de recibo el argumento recursivo consistente en que la parte demandante hizo una aplicación razonable de la norma en función de su carácter abierto, la tolerancia de la CNMV ante los sistemas internos de case y el principio de confianza legítima. Ya vimos que el artículo 99 z) bis LMV cumple las exigencias del principio de tipicidad y que el artículo 70 quáter de la misma ley es suficientemente claro y taxativo, a lo que es de agregar que la CNMV no mostró -en contra de lo alegado por la actora- en relación con los sistemas internos de case de referencia una actitud pasiva o tolerante pues, antes al contrario, ya desde la comunicación de 16-6-2010 dirigida al conjunto del sector advirtió con claridad que tales sistemas representaban una mala práctica salvo que se gestionaran adecuadamente los conflictos de interés que suscitaban en los términos y con los resultados que se indicaban en dicha comunicación, que fue suficientemente explícita al respecto, estando los posteriores requerimientos de 1-4-2011 y de 13-10-2011 en línea de cumplimiento de la referida comunicación de 2010, por lo que, en definitiva, no cabe invocar con éxito el principio de confianza legítima."

Todo lo anterior aboca al fracaso de este segundo motivo de impugnación.

CUARTO.- PROPORCIONALIDAD DE LA SANCIÓN.

4.1.- La demandante alega que la sanción es desproporcionada a la gravedad de los hechos (en contra de lo ordenado por el artículo 131.3 de la LRJPAC). La Orden toma en consideración exclusivamente los siguientes factores para graduar la sanción: (i) el número de clientes afectados y (ii) el volumen de capital afectado. No tiene, sin

embargo, en cuenta hechos que determinan que la sanción sea excesiva para la gravedad de los hechos sancionados. Los factores que debieron ser tenidos necesariamente en cuenta a la hora de atemperar la sanción impuesta son: 19

-(i) Ausencia de gravedad de la conducta durante la mayor parte del período de imputación. La Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (la "LES") modifica el elemento que cualifica un incumplimiento del artículo 70 quáter de la LMV como infracción grave o muy grave. Antes de la entrada en vigor de la LES, el requisito que debía concurrir para poder pasar de la infracción grave a la muy grave consistía en el perjuicio a los clientes; con posterioridad, ese requisito pasa a ser el carácter no ocasional o aislado de la conducta.

La infracción que se imputa a BFA se habría desarrollado en su mayor parte bajo la vigencia del régimen sancionador de la LMV anterior a la entrada en vigor, el 6 de marzo de 2011, de la LES. Mientras que una parte menor de la presunta infracción (del 6 de marzo de hasta el 22 de mayo de 2011) se habría desarrollado después de la entrada en vigor del nuevo régimen. Así, para el primer subperíodo de la conducta debería quedar acreditado que el eventual incumplimiento de la norma que se imputa a BFA ocasionó perjuicio a los clientes. Pero no existe en efecto en el expediente una prueba concluyente acerca de la concurrencia del elemento cualificador del tipo para ese período. El efecto de esta apreciación debe ser, cuando menos, el de atenuar el reproche sancionador aplicado al recurrente.

-(ii) Medidas proyectadas para eliminar posibles impactos en los clientes (art. 106 ter.1.i) LMV). Tal y como ha quedado acreditado, BFA ha sido una entidad que, desde el primer momento, ha procurado actuar en el interés óptimo de los tenedores de títulos híbridos, mediante la adopción de iniciativas en favor de estos clientes. Así lo recoge la propia Orden al referirse expresamente al procedimiento de canje de determinadas emisiones de participaciones preferentes y obligaciones subordinadas analizadas en este expediente (pág. 21).

-(iii) Ausencia de sanciones previas e incertidumbre sobre el sentido de la normativa aplicable (art. 106 ter.1.l) de la LMV). BFA no ha sido sancionada con base en la LMV con anterioridad, lo que constituye una atenuante ex artículo 106 ter.1.l) de la LMV (la Orden no tiene en cuenta esta circunstancia, pese a reconocer su importancia —pág. 72—).

Además, los supuestos incumplimientos que están en la base de este expediente tienen su origen en previsiones normativas que han requerido de aclaraciones y concreciones expresas por parte del supervisor.

4.2.- La Abogacía del Estado se opone al motivo, mediante una remisión a los fundamentos de la resolución impugnada, en la que se explica de forma pormenorizada la razón por la que se impuso la sanción en la medida en que se ha individualizado. Los criterios para su cuantificación han tenido en cuenta el límite máximo del 5% de los recursos de la entidad, la procedencia de atenuantes y agravantes así como la aplicación del principio de proporcionalidad, e imponen la sanción en el tercio inferior, y dentro de este en el parámetro menor.

4.3.- El motivo no puede ser estimado, porque al contrario de lo que alega el demandante, la sanción ha sido determinada tomando en consideración los parámetros establecidos en los artículos 131.3 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y lo establecido en el 106 ter.1 de la Ley del Mercado de Valores. La resolución impugnada considera el contenido de esos preceptos, y razona que la multa a imponer (única de las sanciones procedentes en este caso) puede alcanzar hasta el 5% de los recursos propios de las entidades infractoras (BANCAJA, CAJA MADRID, CAIXA LAIETANA y BANKIA): según sus cuentas auditadas a 31 de diciembre de 2010 el 5% indicado, se sitúa en 49.294,15 miles de euros; 285.610,15 miles de euros; 10.897,15 miles de euros y 574.832,8 miles de euros, respectivamente.

Las multas han alcanzado 1.000.000 de euros (BANCAJA y CAJA MADRID) y 100.000 euros (CAIXA LAIETANA), de modo que ya se advierte, por la mera comparación de las cifras, que la desproporción que invoca el demandante no es tal.

Pero es que además, la resolución sancionadora –tras dejar constancia de que las circunstancias de modulación recogidas en los artículos 131.3 y 106 ter.1- no operan como agravantes y atenuantes en puridad (al modo contemplado en el Código Penal), sino como criterios de dosimetría punitiva que se aplican en función de su incidencia en los hechos punibles. Toma en consideración “la causación de perjuicios a clientes y el carácter no ocasional o aislado de la conducta infractora”, y como “circunstancias que permiten atemperar dicho reproche cabe apreciar: la relativa a la ausencia de antecedentes disciplinarios en el ámbito del mercado de valores y la actuación llevada a cabo para atenuar los impactos a los clientes consistentes en las medidas de canje que ofreció BFA a algunas emisiones de participaciones preferentes y deuda subordinada por acciones de la entidad, que vendrían a dotar de cierta liquidez a los titulares de las emisiones”.

Además se hace referencia al impacto que las emisiones han tenido en las entidades, los importes negociados, clientes afectados en función del número de operaciones, el impacto que el conflicto ha generado en los clientes, tiempo en el que se prolonga la conducta etc.

En definitiva, hay una exposición pormenorizada de los elementos considerados y de las circunstancias que permiten moderar la responsabilidad, ajustando las multas al tercio inferior, y dentro de este al tramo inferior. No se advierte por ello una desproporción o desajuste entre la gravedad de los hechos y la sanción impuesta.

4.5.- Por último, se ha de hacer una precisión en relación a la aplicación del artículo 99 z bis de la Ley 24/1988, ya que al examinar la tipicidad la resolución sancionadora ha realizado una fundamentación detallada, en la que se explica la modificación operada en la redacción del precepto a través de la Ley 2/2011 de 4 de marzo de Economía Sostenible (BOE 5 de marzo) –vigencia 6 de marzo de 2011-. La redacción original del precepto sancionaba: *“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 cuando*

hubiera perjuicio para los clientes". A partir del 6 de marzo de 2011 la redacción del precepto es la siguiente: "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 (...). Así como el incumplimiento de las obligaciones previstas en los artículos 79, 79 bis de esta ley (...).".

La CNMV no ha obviado el impacto de la reforma en el tiempo y, en particular, durante la comisión de los hechos, si bien a efectos sancionadores la relevancia de la reforma es escasa, porque la aplicación de una u otra norma lleva a un mismo resultado típico. Se ha considerado que la conducta se ha prolongado en el tiempo –en el caso de las Cajas sucedidas por BFA- desde el 21 de junio de 2010 al 22 de mayo de 2011, en la modalidad de infracción continuada (prevista en el artículo 4.6 del Real Decreto 1398/1993 de 4 de agosto por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora – entonces vigente-), de modo que las conductas se unifican para su tratamiento como tales (artículo 4.1 del RD 1398/1993). La realización del tipo (y la aplicación de un precepto u otro) se produce en todo caso, ya que "el incumplimiento del deber de establecimiento de medidas destinadas a detectar, prevenir y gestionar los conflictos de interés lejos de ser ocasional o aislado, tuvo carácter estructural y afectó a un elevado número de inversores, como se refleja en los informes razonados del DSEE. De todas maneras, en los hechos objeto de análisis resulta apreciable, en todo caso, tanto la consecuencia del perjuicio a los clientes, como la falta de carácter ocasional o aislado, que constituyen elementos calificadores de la infracción muy grave, tanto de acuerdo con la redacción del tipo sancionador vigente con anterioridad a la entrada en vigor de la LES, como en la redacción introducida por ésta" (página 38 del acuerdo impugnado).

Los argumentos que ofrece el demandante ya fueron valorados por la CNMV al examinar la tipicidad de las conductas, no pueden ser acogidos en atención a los razonamientos expuestos que la Sala hace suyos.

QUINTO.- En función de lo razonado debe desestimarse el recurso, con condena en las costas causadas al demandante, de acuerdo con el criterio del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la LJCA, en la redacción dada por Ley 37/2011.

FALLO

DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo promovido por **BFA TENEDORA DE ACCIONES, S.A.U.** contra la Resolución de 7 de abril de 2015 por el Sr. Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Sr. Ministro de Economía y Competitividad, por ser conforme a derecho.

Las costas causadas se imponen al demandante.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y que frente a ella cabe recurso de casación que habrá de interponerse ante esta Sala, previa consignación del preceptivo depósito para recurrir, en el plazo de 30 días, contados desde el siguiente al de la notificación de aquélla, mediante escrito que deberá justificar la concurrencia de los requisitos exigidos en el artículo 89.1 de la LJCA.

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