

AUTO DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 28 DE MAYO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª

Recurso nº.: 635/2018
Ponente: D. José María del Riego Valledor
Acto impugnado: Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Tercera, de fecha 4 de octubre de 2017
Fallo: Admisión

En Madrid, a 28 de mayo de 2018.

HECHOS

PRIMERO: La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional dictó sentencia de fecha 4 de octubre de 2017, en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 242/2015, por la que se desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la entidad BFA TENEDORA DE ACCIONES contra la resolución de 7 de abril de 2015, dictada por el Secretario de Estado de Economía y Apoyo a la empresa, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, por la que se resolvió el expediente sancionador incoado a CAJA DE AHORROS DE VALENCIA, CASTELLÓN Y ALICANTE, BANCAJA, a CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), a CAIXA DESTALVIS LAYETANA (CAIXA LAIETANA), a BANKIA, S.A. (BANKIA) y a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. (BFA), por infracción muy grave de la Ley del Mercado de Valores, y se impuso a BANCO FINANCIERO Y DE AHORRO, S.A. actualmente, BFA TENEDORA DE ACCIONES, SAU, como sucesor en la responsabilidad declarada de: 1) BANCAJA una MULTA por importe de 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 CIEN MIL EUROS (100.000 Euros).

La sentencia de la Sala desestimó el recurso contencioso-administrativo en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, en lo que respecta a la alegada infracción del principio de personalidad de la sanción, respecto de la que la entidad demandante recurrente manifestó que no había realizado ninguna de las conductas sancionadas, pues fueron las Cajas las que gestionaron el negocio bancario, y las mismas continuaron ejerciendo su actividad financiera tras la segregación parcial de BFA, la sentencia impugnada manifiesta que se produjo una doble segregación, desde las Cajas a BFA, en la que existió una sucesión universal, y una segunda operación de segregación parcial desde BFA a BANKIA, si bien en este caso BFA conservó parte de los pasivos –participaciones preferentes y subordinadas– que generan la responsabilidad que se reclama en el procedimiento y concluye la Sala, después de reproducir sentencias de esta Sala tercera, que:

“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”.

Añade la Sala de instancia que:

“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 sentencia de instancia, por otra parte, rechaza los motivos referidos a la infracción de los principios de tipicidad y culpabilidad, argumentando, en cuanto al tipo infractor previsto en el artículo 99 z) bis de la Ley del Mercado de Valores, que:

[...] 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 [...]

Y concluye la Sala que la norma cumple el principio de taxatividad o *lex certa*, y conforme a la misma la conducta de la parte actora devendría típicamente antijurídica.

Desestima, a continuación la Sala la invocada vulneración del principio de culpabilidad, señalando que 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; obligación que deriva del artículo 70 quáter de la Ley del Mercado de Valores y que no cumplió, incurriendo en el tipo infractor del artículo 99 z) bis de dicho texto legal.

Finalmente, desestima la Sala la infracción del principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción, al haber 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.

SEGUNDO: Por el procurador D. FAA, en representación de la entidad BFA, Tenedora de acciones (BFA), se presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la mencionada sentencia, en la cual, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución, identificó como normas infringidas los artículos 130.1 de la Ley 30/192, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y 95 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores.

Tras justificar la entidad recurrente el juicio de relevancia de las infracciones imputadas sobre la decisión adoptada, argumentó que el recurso de casación presenta interés casacional objetivo conforme a los siguientes apartados del artículo 88 de la LJCA:

a) Artículo 88.3.a), por considerar que no existe jurisprudencia en relación con la aplicación del principio de personalidad de las sanciones, en situaciones en donde,

como consecuencia de un fenómeno de desplazamiento patrimonial, persiste la personalidad jurídica que en origen realizó la conducta, desarrollando la actividad en el marco de la cual se cometió la infracción.

b) Artículo 88.3.d), al haberse resuelto un recurso interpuesto contra una orden por la que se resolvió un expediente sancionador incoado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

TERCERO: Mediante auto de 22 de enero de 2018, la Sala de la Audiencia Nacional tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión a esta Sala de los autos originales y del expediente administrativo, personándose la parte recurrente mediante escrito de 6 de febrero de 2018.

CUARTO: Mediante escrito de fechado el día 12 de marzo se personó ante esta Sala del Tribunal Supremo, en calidad de recurrido, el Abogado del Estado, interesando la inadmisión a trámite del recurso de casación.

Seguidamente, se pasaron los autos al Excmo. Sr. Magistrado ponente para dictar la resolución procedente.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José María del Riego Valledor, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Procede, en primer lugar, poner de manifiesto que el escrito de preparación presentado por la parte cumple con los requisitos formales que prevé el artículo 89.2 de la Ley Jurisdiccional, identificando, en particular, con precisión, las normas que la parte considera infringidas, indicadas más arriba, así como fundamentando, con singular referencia al caso, los supuestos que, con arreglo a los apartados 2 y 3 del artículo 88 de la Ley Jurisdiccional, permiten apreciar el interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

SEGUNDO.- La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, introduce en su disposición final tercera una reforma del recurso casación contencioso-administrativo con la finalidad de intensificar las garantías en la protección de los derechos de los ciudadanos. Tal y como señala en el preámbulo de la Ley “[...] con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica, se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional [...]”. Es, por tanto, carga del recurrente argumentar de forma suficiente las razones por las cuales concurre el interés casacional objetivo para la

formación de jurisprudencia, sin que la mera invocación de los supuestos previstos en la norma satisfaga dicha necesidad.

En el escrito de preparación se invocan los apartados a) y d) del artículo 88.3 para razonar la concurrencia del interés casacional. Al respecto conviene aclarar que la presunción recogida en estos apartados no es absoluta pues el propio artículo 88.3 *in fine*, permite inadmitir (mediante “auto motivado”) los recursos inicialmente beneficiados por la misma cuando este Tribunal Supremo “aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia”. Con relación a este inciso, esta Sección ya ha realizado algunas precisiones:

a) Por tal “asunto” ha de entenderse no tanto el tema litigioso de la instancia, globalmente considerado, sino más bien el que la propia parte recurrente plantea en su escrito de preparación, pues es a este al que se refiere, al fin y al cabo, el juicio sobre el interés casacional que justifica la admisión del recurso; y

b) La inclusión del adverbio “manifiestamente” implica que la carencia de interés ha de ser claramente apreciable sin necesidad de complejos razonamientos o profundos estudios del tema litigioso (así se caracterizó por la jurisprudencia constante esta locución al hilo del antiguo artículo 93.2.d) LJCA en su inicial redacción, que configuraba como causa de inadmisión del recurso de casación la consistente en carecer manifiestamente de fundamento el recurso). Así, el recurso podrá ser inadmitido mediante auto, según lo previsto en el artículo 88.3 *in fine*, precisamente por carecer manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, si se pretende anudar el interés casacional a infracciones normativas circunscritas a las concretas vicisitudes del caso litigioso sin trascender a cuestiones dotadas de un mayor contenido de generalidad o con posible proyección a otros litigios (así, auto de 7 de marzo de 2017, rec. 150/2016).

Aplicando tales premisas al caso que nos ocupa, y como ya ha puesto de manifiesto esta Sección en un recurso de casación similar al que aquí nos ocupa (auto de fecha 14 de mayo de 2018, recurso número 631/2018), hemos de concluir en la admisión del recurso de casación preparado, al no apreciarse prima facie por esta Sección que el asunto planteado carezca manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, pues se trata de determinar cuándo se transmite la responsabilidad punitiva en los supuestos de transformación de las Cajas de Ahorros; y aunque existe jurisprudencia de esta Sala –por todas, SSTS de 16 de diciembre de 2015 y 15 de marzo de 2017-, referida a los principios de responsabilidad y culpabilidad en caso de sucesión de empresas, se considera preciso precisar o modular dicha doctrina para los supuestos de transformación de las Cajas de Ahorros.

En este caso, la parte recurrente alega –en síntesis– en su escrito de preparación del recurso de casación que aunque existen pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen la sucesión de la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas, en los supuestos en los que la persona jurídica autora de la infracción hubiera sido absorbida o sencillamente hubiera dejado de existir, sin embargo dichos pronunciamientos no pueden ser de aplicación en este supuesto, en el que no concurre el presupuesto de los precedentes jurisprudenciales de que la transmisión de la

responsabilidad puede surgir de una operación que determina la desaparición de la entidad infractora, pues las Cajas siguieron actuando en el tráfico jurídico, y lo que es más, mantuvieron la condición de entidades de crédito, realizando su actividad a través de Bankia, y no de BFA, ya que, en efecto, al amparo de lo dispuesto en el artículo 5 del entonces vigente Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las cajas de ahorro, continuaron ejerciendo la actividad bancaria a través de bankia, que como reconoce la sentencia impugnada, ha sido sancionada por los mismos hechos en el período comprendido entre el 23 de mayo y el 15 de noviembre de 2011. Posteriormente, y como consecuencia del necesario rescate con dinero público, se transformaron en fundaciones, pero no han dejado de existir.

Entendemos, pues, que las cuestiones jurídicas suscitadas en este recurso que revisten interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consisten en precisar el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa, en los supuestos de segregación de la actividad financiera y transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial a los que se refiere el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros, pues, además de concurrir la presunción contenida en el artículo 88.3.a) de la Ley Jurisdiccional, no cabe duda de que tales cuestiones trascienden del caso concreto objeto del proceso.

TERCERO.- Por tanto, en virtud de lo dispuesto en los artículos 88.1 y 90.4 de la LJCA, procede admitir a trámite el recurso de casación preparado por el procurador D. FAA, en representación de la entidad BFA Tenedora de acciones, contra la sentencia de la Sección primera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 4 de octubre de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 242/2015, precisando que la cuestión sobre la que se entiende que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia es la mencionada en el razonamiento anterior, y señalamos que las normas jurídicas que, en principio, deberán ser objeto de interpretación son los artículos 130.1 de la Ley 30/192, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y el artículo 95 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como 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.

CUARTO.- Conforme a lo dispuesto en el art. 90.7 de la LJCA, este auto se publicará en la página web del Tribunal Supremo.

QUINTO.- Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este Auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

En su virtud,

La Sección de Admisión acuerda:

1.º) Admitir a trámite el recurso de casación preparado por el procurador D. FAA, en representación de la entidad BFA, Tenedora de acciones (BFA), contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional de fecha 4 de octubre de 2017, dictada en el recurso contencioso-administrativo registrado con el número 242/2015.

2.º) Declarar que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en precisar el momento y el régimen de transmisión de la responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los supuestos de segregación de su actividad financiera y transformación de las Cajas de Ahorros en fundaciones de carácter especial a las que se refiere el artículo 6 del Real Decreto-ley 11/2010, de 9 de julio, de órganos de gobierno y otros aspectos del régimen jurídico de las Cajas de Ahorros.

3.º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación:

Los artículos 130.1 de la Ley 30/192, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; el artículo 28.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público; y el artículo 95 de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, así como 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.

4.º) Se ordena publicar este Auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo.

5.º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6.º) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman.