



Roj: **STS 1884/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1884**

Id Cendoj: **28079130032023100069**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **25/04/2023**

Nº de Recurso: **1297/2022**

Nº de Resolución: **516/2023**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **DIEGO CORDOBA CASTROVERDE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 5021/2021,**
ATS 8389/2022,
STS 1884/2023

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 516/2023

Fecha de sentencia: 25/04/2023

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 1297/2022

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA C/A. SECCION 3

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 1297/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Diego Córdoba Castroverde

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 516/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D.^a María Isabel Perelló Doménech

D. Diego Córdoba Castroverde

En Madrid, a 25 de abril de 2023.

Esta Sala ha visto por los magistrados indicados al margen, en su Sección Tercera, el recurso de casación número 1297/2022, interpuesto por el procurador de los tribunales don Eduardo Codes Feijoo, en nombre y representación de la mercantil Banco Santander, S.A., bajo la dirección letrada de don José Miguel Fatás Monforte, contra la sentencia de 25 de noviembre de 2021, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el recurso contencioso-administrativo número 2031/2019, por la que se desestimó el recurso interpuesto por el Banco Santander contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019 por el que se le impuso a dicha entidad una sanción de multa por importe de 1.000.000 € por la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015 debido a la omisión de datos y por presentar datos engañosos en su informes anuales sobre remuneración de los consejeros correspondientes a los ejercicios 2013 a 2015 en relación con los sistemas de ahorro a largo plazo y pagos por resolución de los contratos de los consejeros ejecutivos de la entidad.

Ha intervenido como parte recurrida el Abogado del Estado, en la representación que ostenta.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Procurador de los Tribunales don Eduardo Codes Feijoo, actuando en nombre y representación del Banco de Santander SA, interpone recurso contencioso-administrativo contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2031/2019) por la que se desestimó el recurso interpuesto por el Banco Santander contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019 por el que se le impuso a dicha entidad una sanción de multa por importe de 1.000.000 € por la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015 debido a la omisión de datos y por presentar datos engañosos en su informes anuales sobre remuneración de los consejeros correspondientes a los ejercicios 2013 a 2015 en relación con los sistemas de ahorro a largo plazo y pagos por resolución de los contratos de los consejeros ejecutivos de la entidad.

SEGUNDO. Mediante Auto de 31 de mayo de 2022 se admitió el recurso de casación declarando que la cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, consiste en completar, reforzar, matizar o, en su caso, corregir la jurisprudencia de esta Sala contenida en al STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) y en las que en ella se citan, en relación con la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas; en concreto, si el hecho de que la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada, rompe o no el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander.

TERCERO. La sociedad recurrente argumenta que la resolución sancionadora acordó imponer a " Banco Popular Español S.A.U" (actualmente Banco Santander) una multa de 1.000.000 euros por una infracción grave del artículo 296.1 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre ("TRLMV") que sanciona las "infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas", en este caso, la infracción sancionada consiste en que los Informes Anuales de Remuneraciones de los Consejeros (los "IARC") aprobados por Banco Popular Español, S.A. ("Banco Popular") en los años 2013, 2014 y 2015 (los "IARC de Banco Popular") contendrían " datos engañosos". En concreto, se reprocha que los Informes anuales de Banco Popular no incluyeron una explicación clara y completa del derecho de sus consejeros ejecutivos a percibir una pensión desde su cese como consejeros hasta la edad legal de jubilación ("Compensación por Prejubilación").

La aprobación de los citados informes anuales del Banco Popular correspondía a su consejo de administración, previo informe de la comisión de retribuciones. Por ello, dada la "responsabilidad que ostentaban sobre la elaboración y contenido del IARC", la Resolución sancionadora imputa directamente la infracción a algunos de los exconsejeros de Banco Popular que participaron en el proceso de aprobación de los IARC de Banco Popular. A pesar de que es un hecho pacífico que Banco Santander fue totalmente ajeno a la comisión de la



infracción por el consejo de administración de Banco Popular, la Resolución sancionadora le impuso una multa de un millón de euros en su condición de sucesor de Banco Popular en virtud de la fusión por absorción.

Banco Santander combatió en primer lugar la transmisión de la responsabilidad sancionadora por la infracción cometida por Banco Popular, sobre la base de las exigencias derivadas de los principios de personalidad y culpabilidad.

La sentencia de instancia se base en la doctrina que emana de las sentencias las sentencias del Tribunal Supremo núm. 333 y 334, ambas de 13 de marzo de 2019 (rec. casación 631/2018 y 638/2018, respectivamente) que transcribe extensamente. Y, con carácter subsidiario, Banco Santander desarrolló diferentes argumentos en que se justificaba la procedencia de anular la resolución sancionadora por no cumplirse las exigencias de los principios de tipicidad, culpabilidad y proporcionalidad. Estos argumentos fueron desestimados en los Fundamentos de Derecho Cuarto y Quinto de la Sentencia recurrida, mediante la remisión a las sentencias previas de la Audiencia Nacional que desestimaron los recursos de los exconsejeros de Banco Popular.

La Sentencia recurrida tiene un Voto particular del Ilmo. Sr. D. Francisco Díaz Fraile, en el que se considera que la sanción impuesta al Banco Santander es contraria a los principios de culpabilidad y personalidad de las sanciones.

La recurrente aduce las siguientes infracciones:

1º Considera que la sentencia recurrida infringe los principios de culpabilidad y personalidad, contenidos en los artículos 25 de la Constitución y 28.1 de la Ley 40/2015.

Considera que la naturaleza de la infracción sancionada por la resolución sancionadora determina que la continuación en la actividad económica por Banco Santander no permite la transmisión de la responsabilidad, porque no existe el vínculo indispensable entre la entidad autora y la sucesora para que se respeten las insoslayables exigencias del principio de culpabilidad y de personalidad o autoría.

Es necesario diferenciar dos esferas dentro de las sociedades anónimas: la dimensión corporativa y la dimensión económica o patrimonial. Cada una de ellas determina diferentes exigencias normativas cuya infracción puede comportar sanciones administrativas de diferente alcance.

La infracción se refiere a una obligación normativa de organización interna y publicidad (aprobación de los IARC con determinado contenido), que se integra dentro de las exigencias de gobierno corporativo que el legislador impone a las sociedades cotizadas. No es una infracción referida a las obligaciones que las entidades bancarias deban cumplir en el desarrollo de su negocio bancario o financiero. Además, se trata de una obligación normativamente atribuida a un órgano concreto de las sociedades cotizadas: su consejo de administración. Los IARC de Banco Popular fueron aprobados por su Consejo de Administración. La fusión por absorción de Banco Popular determina legalmente que ese Consejo de Administración que materialmente cometió la infracción "dejó de existir", como el resto de los órganos societarios de Banco Popular (por ejemplo, la comisión de retribuciones) en el momento de la fusión.

El consejo de administración de la entidad absorbente, Banco Santander, no tiene vínculo alguno con el extinto consejo de administración del Banco Popular, cuya actividad no continúa ni asume responsabilidad por sus actos. Naturalmente, el Banco Santander no tuvo intervención alguna en la aprobación de los IARC de Banco Popular. Por ello, jurídicamente no existe "continuidad" en la actividad de Banco Popular que genera la infracción sancionada, ni existe vínculo alguno entre Banco Santander y la actuación infractora de Banco Popular.

Esto determina que no existe elemento alguno de culpabilidad o responsabilidad del Banco Santander que permita sancionarle por la actuación del Banco Popular. Por ello, sancionar al Banco Santander supone imponerle una improcedente responsabilidad objetiva por los actos del Banco Popular, contraria a los preceptos antes mencionados y a la doctrina de esta Excma. Sala y del Tribunal Constitucional.

Esto debería llevar a completar la jurisprudencia de la STS de 25 de noviembre de 2021 en el sentido de que las infracciones referidas a medidas de organización interna adoptadas por una sociedad absorbida no pueden ser imputadas a la sociedad absorbente. Naturalmente, esto debe tener un límite: que la fusión por absorción tenga la fraudulenta finalidad de eludir las responsabilidades de la entidad absorbida.

Banco Santander no discute que sea admisible jurídicamente trasladar la responsabilidad sancionadora de la sociedad que cometió la infracción a otra sociedad que le suceda en el tráfico jurídico como consecuencia de una fusión por absorción (o en otros supuestos de reestructuración). No obstante, defiende que la fusión por absorción y la consiguiente transmisión universal de activos y pasivos no puede determinar automáticamente y en todos los casos la transmisión a la sociedad absorbente de la responsabilidad por infracciones de



la absorbida; o, en otras palabras, la mera continuación de la actividad económica no justifica el traslado automático de la responsabilidad sancionadora a la sociedad que la continua en todo tipo de infracciones.

A su juicio, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando se trata del posible traspaso de la responsabilidad sancionadora a una persona jurídica diferente de la que cometió la infracción exige el principio de culpabilidad que se traduce en la necesidad de "identidad substancial entre las empresas sucesivas". O dicho en "negativo", en que no "se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas".

El artículo 296 del TRLMV, que tipifica la infracción, tiene por rúbrica "Infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas". Su apartado primero, aplicado por la Resolución recurrida, tipifica como infracción: "La falta de elaboración o de publicación del informe anual de gobierno corporativo o del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros [...], o la existencia en dichos informes de omisiones o datos falsos o engañosos; [...] carecer las entidades emisoras de valores admitidos a negociación en mercados secundarios oficiales de una comisión de auditoría y de una comisión de nombramientos y retribuciones [...] o el incumplimiento de las reglas de composición y de atribución de funciones de dichas comisiones de auditoría". En relación con los IARC, el artículo 541 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital ("LSC") establece que: "1. El consejo de administración de las sociedades anónimas cotizadas deberá elaborar y publicar anualmente un informe sobre remuneraciones de los consejeros, incluyendo las que perciban o deban percibir en su condición de tales y, en su caso, por el desempeño de funciones ejecutivas". La LSC atribuye directamente a los consejos de administración la competencia de aprobar los IARC, sin perjuicio de someterlo a la votación "con carácter consultivo" de la Junta General (art. 541.4 de la LSC).

Por tanto, la elaboración y aprobación de los IARC constituye una obligación corporativa del consejo de administración (de cada uno de sus miembros), que deriva de la condición de sociedad cotizada y que no tiene conexión con el desarrollo de la actividad de la sociedad cotizada (en este caso, Banco Popular). Estamos ante un ejemplo claro de obligación en materia de gobierno corporativo. Además, se trata de una obligación atribuida por la LSC a un órgano concreto de la sociedad: el consejo de administración. 60. La infracción por la que se sanciona a Banco Santander se refiere, por tanto, al incumplimiento de esta obligación corporativa que correspondía al consejo de administración de Banco Popular.

Pasando a los efectos jurídicos de una fusión por absorción, la STS de 25 de noviembre de 2021 se refiere a los efectos patrimoniales de la fusión, con cita de los preceptos nacionales y europeos reguladores de las fusiones: "la transmisión en bloque de sus patrimonios" o "la transmisión universal [...] de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente". A juicio de la entidad recurrente este análisis debe ser completado, porque la fusión por absorción tiene, lógicamente, la doble dimensión de cualquier sociedad que hemos apuntado: la corporativa (relevante para la infracción imputada) y la patrimonial (analizada por la STS de 25 de noviembre de 2021). En la esfera económica, la sociedad absorbente adquiere por sucesión universal el patrimonio de la absorbida, pero (ii) en la esfera corporativa, la sociedad absorbida se extingue.

Con la fusión por absorción se produce una continuidad económica -puesto que la entidad absorbente asume el patrimonio de la absorbida-, no hay duda. Y este es el efecto que toma en consideración la STS de 25 de noviembre de 2021 y de forma implícita la sentencia recurrida. Pero, al mismo tiempo, la fusión por absorción produce una ruptura organizativa, pues la extinción de la personalidad jurídica supone la desaparición de los órganos corporativos de la sociedad y, en concreto, su consejo de administración, así como la extinción de las "medidas de organización interna" de la sociedad absorbida, que quedan automáticamente sin efecto y sustituidas por las de la sociedad absorbente.

Por tanto, en el plano corporativo y de organización interna no existe continuidad de la sociedad absorbente, a diferencia de lo que sucede en el plano patrimonial y de negocio. La aplicación de esta realidad jurídica a la infracción cometida por Banco Popular es clara: no existe unidad entre Banco Santander y Banco Popular en la "medida de organización interna" a que se refiere la infracción (los IARC de Banco Popular); de hecho, la fusión por absorción determinó una quiebra en la continuidad societaria que es la relevante por la naturaleza de la infracción. El órgano que conformaba la voluntad del antiguo Banco Popular desapareció íntegramente, como también sus normas organizativas y corporativas (los IARC), desapareciendo con él cualquier tipo de "continuidad" a ese respecto.

La obligación de aprobar y publicar los IARC no tiene relación alguna con el negocio bancario o financiero. Banco Popular no mejoró su desempeño en ningún sentido gracias a que sus consejeros no informaran adecuadamente de sus Compensaciones por prejubilación en los IARC. La desconexión entre la infracción y el negocio bancario es absoluta.



Bajo la lógica de la Sentencia recurrida, Banco Santander podría afrontar una eventual sanción de suspensión de su condición de empresa cotizada por razón de una infracción que no cometió y que, además, se refiere a la dimensión corporativa de Banco Popular que Banco Santander se encargó de transformar por completo nada más llegar y que en todo caso desapareció con su fusión posterior.

En definitiva, la mera "continuidad económica" en la que se basa la Sentencia recurrida para admitir la transmisión de responsabilidad no es suficiente en este caso (ni puede serlo con carácter general). Atendiendo (i) a la naturaleza y alcance meramente corporativo de la infracción sancionada, (ii) a la desaparición jurídica de los órganos corporativos de Banco Popular y de las normas y organización corporativa de Banco Popular, (iii) a su desconexión con el negocio continuado, así como (iv) a la inexistencia de ventajas conseguidas con su comisión de las que el sucesor haya podido aprovecharse, existe una clara quiebra de la continuidad entre Banco Popular y Banco Santander que es indispensable para apreciar responsabilidad en Banco Santander y que pueda ser sancionado por los IARC de Banco Popular.

Las sentencias se refieren a supuestos en los que las infracciones cometidas no estaban relacionadas con infracciones de gobierno corporativo, sino con conductas relacionadas con la actividad ordinaria del negocio continuado por el sucesor.

2º Considera que debe prevalecer como interés a proteger la estabilidad del sistema financiero frente a otros intereses públicos: no cabe la transmisión de la responsabilidad sancionadora cuando ponga en riesgo la satisfacción de los fines de la normativa de resolución bancaria.

La sentencia afirma es "irrelevante a los efectos que ahora nos ocupan que el proceso de resolución de Banco Popular se resolviera por las autoridades públicas". No es posible conocer la razón por la que considera que la Resolución es irrelevante.

No existen vínculos entre el Banco Popular y el Banco Santander. La venta de Banco Popular determinó la ruptura sustancial en la continuidad de los elementos organizativos y empresariales de la entidad que, como se ha argumentado, son los relevantes debido a la naturaleza de la infracción sancionada. La Resolución del Banco Popular ordenada por la Junta Única de Resolución y ejecutada por el Fondo de reestructuración ordenada bancaria (FROB) el 7 de junio de 2017 tuvo el efecto automático de la exclusión de la cotización en Bolsa de Banco Popular. Esto, a su vez, tenía la consecuencia jurídica de que dejaron de ser aplicables a Banco Popular las exigencias corporativas que la LSC impone a las sociedades cotizadas, entre ellas la obligación de aprobar el IARC.

El mismo día 7 de junio en que se acordó la Resolución y la venta de Banco Popular, Banco Santander, como nuevo accionista único de Banco Popular, cambió a todos los miembros de su consejo de administración. Y designó un nuevo Consejo de Administración de 5 miembros que ninguna relación tenían con Banco Popular. En la materia de gobierno corporativo a que refiere la infracción que se imputa no existe continuidad de ningún tipo entre el nuevo Banco Popular y el antiguo.

El interés público prevalente que justifica la normativa de resolución debe ser tomado en consideración. La ponderación de intereses públicos en juego en este caso evidencia que debe primarse la protección de la eficacia de los mecanismos de resolución bancaria frente al interés público que justifica el "traslado" de la responsabilidad administrativa.

Aduce que el Tribunal Supremo debe completar su jurisprudencia en el sentido de que el interés público de garantizar que los instrumentos de resolución bancaria sean eficaces debe prevalecer sobre el interés público correspondiente a sancionar la inadecuada elaboración de los IARC, sobre todo cuando se trata de sancionar a un tercero que ni siquiera participó en los hechos. El hecho de que se obligue al tercero a asumir a ciegas cualquier pasivo anterior -se haya iniciado o no un procedimiento sancionador, o esté o no la conducta infractora relacionada con el negocio- desincentiva el interés de cualquier entidad en colaborar con las autoridades para asumir el rescate de la entidad en crisis. Y a tal efecto cita la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 5 de mayo 2022, caso *Banco Santander Vs. Varios* (JUR 2022/142105), que ha confirmado que Banco Santander no debe asumir la responsabilidad civil derivada de la deficiente información facilitada en el folleto de la ampliación del capital del antiguo Banco Popular porque deben prevalecer "los principios que rigen la resolución de entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, establecidos en la Directiva 2014/59" (p. 23), precisamente para proteger los fines a los que sirve la resolución bancaria.

En resumen, el TJUE afirma que el interés público superior que justifica los mecanismos de resolución bancaria se impone sobre otros intereses públicos cuando de lo contrario se ponga en riesgo la eficaz aplicación de los mecanismos de resolución.

Por todo ello solicita que se dicte una sentencia estimatoria del recurso de casación y que se acuerde la anulación de la resolución sancionadora.



CUARTO. El Abogado del Estado se opone al recurso de casación.

En primer lugar, la recurrente no aclara qué debemos entender por "responsabilidad administrativa" de la entidad resuelta y, más concretamente, si la no transmisibilidad de la responsabilidad "administrativa" afecta o cabe referirla a la responsabilidad que pueda generar toda la actividad de las entidades bancarias que resulte extrañas a su actividad financiera típica, a las que Auto de admisión identifica como "medidas de organización interna" o a cualesquiera otras en que podamos pensar.

Lo segundo porque son hechos notorios e indiscutibles que una cosa fue el procedimiento de resolución que afectó al Banco Popular Español S.A. y otra, muy diferente y estrictamente voluntaria de Banco Santander, S.A, el procedimiento de fusión por absorción con el Banco Popular Español, que decidió libremente Banco de Santander meses después del primero, de manera que no cabe hablar en el caso de que ha existido solo una reestructuración societaria impuesta sino también una fusión por absorción voluntariamente decidida por la recurrente.

Tampoco resultan particularmente precisos los términos en los que el Auto de admisión identifica la cuestión de interés casacional puesto que la que circunscribe a la sucesión en las responsabilidades sancionadoras derivadas del "incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada", parece que presuponiendo que todo lo que no es actividad bancaria estrictamente considerada debe considerarse medida de organización interna, siendo así que es más que discutible esa dicotomía y que resulta difícilmente calificable como una medida organizativa interna lo que, como los Informes Anuales sobre la retribución de los Consejeros (IARC), ni tienen una connotación organizativa ni se resumen en el adjetivo "interno", como si fuera algo que solo interesara al ente social afectado y no a los accionistas y al mercado en general, máxime tratándose como se trata de sociedades cotizadas. De hecho, la parte recurrente insiste en el carácter Corporativo de la obligación de que se trata y no en su alcance puramente organizativo.

Hay que distinguir con toda claridad lo que fue el procedimiento de resolución, que fue una operación de reorganización forzosa de Banco Popular acordada e instrumentalizada por las autoridades competentes, que dio como resultado que la entidad recurrente pasara a ser titular de la totalidad de los títulos representativos del capital social de Banco Popular Español S.A., con subsistencia jurídica y económica del mismo, y lo que, meses después, fue una operación mercantil voluntariamente decidida por la que en ese momento era su entidad matriz, esto es, Banco Santander S.A., hoy recurrente, operación que es la que determina la sucesión en la responsabilidad sobre la que versa este recurso en el cual, por consiguiente, deben quedar excluidas y/o matizadas algunas de las consideraciones del recurso que se hacen y parece que quieren presentarse como si la sucesión hubiera sido una consecuencia del procedimiento de resolución al que Banco Popular fue sometido.

El Abogado del Estado considera que el hecho de que la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de "medidas de organización interna" y no por la actividad bancaria estrictamente considerada (si es que debemos considerar que la infracción de las obligaciones relacionadas con las retribuciones de los Consejeros y sus planes de jubilación deben considerarse como afectantes exclusivamente a la organización interna de Banco Popular) no rompe el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander y que, en términos más generales, no existe motivo jurídicamente fundado por virtud del cual el principio de sucesión en la responsabilidad de las personas jurídicas deba quedar excluido respecto de todos los extremos que no formen parte de la actividad típica que define el objeto social de los entes sociales, tal y como dicho principio ha sido entendido y aplicado tanto por la jurisprudencia nacional como comunitaria de la que se hace eco la de 25 de noviembre de 2021 a la que se refiere el Auto de admisión.

En caso de fusión de sociedades -más aun cuando se trata de una fusión por absorción y más, incluso, cuando la absorción lo es de una filial al 100% como aquí ocurre- "la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior y sus consecuencias jurídicas" (STS de 23.11.2016 RCA1003/2015) .

La continuidad intelectual que se produce entre las sociedades implicadas como consecuencia de la fusión societaria, la protección de los intereses terceros que pudieran resultar burlados y el interés público en que, como consecuencia de reorganizaciones, cambios de denominación u operaciones organizativas las sociedades puedan eludir sus responsabilidades infractoras son la base sobre la que descansa la sucesión en la responsabilidad sancionadora. Todas ellas están presentes tanto si esa responsabilidad lo es por infracción de normas organizativas como de otra naturaleza y por consiguiente no existe motivo fundado para introducir en el régimen de sucesión en la responsabilidad infractora la diferenciación que sostiene la recurrente que, además, olvida que la continuidad entre las sociedades implicadas en una operación de fusión por absorción no es referible (como presupone la recurrente cuando niega esa continuidad respecto de las actuaciones no estrictamente bancarias) a todas y cada una de las concretas actuaciones o negocios jurídicos que pueda haber concertado la sociedad absorbida sino al conjunto de la operación de absorción.



Por eso es irrelevante el hecho de que la absorbente resulte ajena a la actuación o el negocio jurídico generador de responsabilidad. Lo es, sin duda en el asunto de autos, tanto en lo que se refiere a los actos de sus órganos de administración y gobierno como en lo que hace a las operaciones o negocios jurídicos propios de su objeto social típico que hubiera concertado o en los que hubiera intervenido, puesto que tanto esos negocios jurídicos como lo actuado por los órganos de gobierno de Banco Popular son ajenos al Banco de Santander, por lo que no constituye un argumento en pro de las tesis a las que nos oponemos el que utiliza la recurrente contra los que han generado la responsabilidad que motiva este recurso ya que, como es claro, supuesta la independencia formal previa de las sociedades que puedan participar en un proceso de fusión o absorción la ajenez de la absorbente respecto de lo actuado o acordado por la absorbida, tanto en lo que pueda constituir su actividad típica como en lo que tenga que ver con su organización interna o sus órganos de gobierno, es una circunstancia referible a toda la esfera de las actuaciones jurídicas o económicas de esta última.

No nos parece por eso un argumento atendible en aras de la prosperabilidad de la tesis de la recurrente el consistente en que Banco Santander es por completo ajeno a lo actuado por el Consejo de administración de Banco Popular puesto que esa "ajenez" es referible a toda la actividad de Banco Popular, incluidas sus operaciones o negocios jurídicos típicos, sin distinciones, es decir, también a aquellos actos o negocios sobre los que admite sin reservas su responsabilidad como absorbente.

Ni la Ley ni la jurisprudencia española o comunitaria introduce matiz alguno referido a la naturaleza de las infracciones que puedan determinar la responsabilidad en la que se sucede.

Aunque fuera cierto que la jurisprudencia de la Sala no se ha dictado en relación con infracciones de normas ajenas a lo que constituye la actividad típica de las entidades bancarias, también lo es que sus términos de dejan lugar a dudas sobre su alcance y que incluso algunas de sus afirmaciones son perfectamente referibles a todas las sociedades, cotizadas o no, bancarias o no, sujetas o no a procesos de reorganización forzosos y tanto a cuestiones económicas como organizativas. Así lo dijo la Sala en su sentencia de fecha 23 de noviembre de 2016 (RCA 1003/2015) con respecto a la misma recurrente (BANCO DE SANTANDER) en la que afirmó que "a diferencia de la sucesión en materia de personas físicas en que rige el principio de personalidad en la culpabilidad en materia de sucesión de personas jurídicas la sucesora universal adquiere la totalidad de la organización de la anterior y sus consecuencias jurídicas" añadiendo más tarde "en una fusión de sociedades se opera una continuidad intelectual de su comportamiento que se manifiesta en que para conseguir la fusión se produce un voluntario acuerdo de voluntades de ambas sociedades, no forzoso. Y en consecuencia, se traduce en la incorporación de la totalidad de las relaciones jurídicas entre una sociedad y otra".

Por lo que respecta a su alegación referida a que deben ponderarse los intereses públicos en conflicto, primando la protección de la eficacia de los mecanismos de resolución bancaria frente al interés público que justifica el "traslado" de la responsabilidad. El Abogado del Estado duda de que los mecanismo de resolución aplicado a Banco Popular se vio comprometido con el traslado general de las posibles responsabilidades administrativas de Banco Popular puesto que precisamente una de las finalidades de dicho proceso es la evitar la disolución y liquidación de las entidades afectadas mediante la continuidad de las mismas; que dudamos, más aún, que en el caso de autos ese interés se vea comprometido por la exigencia a Banco Santander de la sanción económica de la que aquí se trata; que la tesis de la recurrente contradice frontalmente la jurisprudencia de la Sala y la normativa aplicable; que de prosperar se traduciría en la exoneración de toda responsabilidad dimanante de actuaciones u operaciones del Banco Popular, es decir, no solamente, las de carácter interno u organizativo sino de cualquier naturaleza; y que, en todo caso, se trata de una tesis que olvida que, como se reseñó al comienzo, hay que separar lo que fue el procedimiento de resolución que afectó al Banco y el de fusión por absorción posterior, procedimiento este último del que en este caso dimana la sucesión en la responsabilidad y al que no cabe referir cuanto se alega por la recurrente sobre el interés público en garantizar la viabilidad de los mecanismos legales de resolución bancaria.

Por todo ello solicita la desestimación del recurso de casación.

QUINTO. Quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para votación y fallo, fijándose al efecto el día 18 de abril de 2023, en cuyo acto tuvo lugar, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Se impugna en casación la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2031/2019) por la que se desestimó el recurso interpuesto por el Banco Santander contra la resolución del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital que desestimó el recurso de alzada interpuesto contra la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 29 de mayo de 2019 por el que se le impuso a dicha entidad una sanción



de multa por importe de 1.000.000 € por la comisión de una infracción grave del artículo 296.1 del Real Decreto Legislativo 4/2015.

La infracción sancionada consiste en que los Informes Anuales de Remuneraciones de los Consejeros (los "IARC") aprobados por Banco Popular Español, S.A. ("Banco Popular") en los años 2013, 2014 y 2015 (los "IARC de Banco Popular") contenían "datos engañosos". En concreto, se reprocha que los Informes anuales de Banco Popular no incluyeron una explicación clara y completa del derecho de sus consejeros ejecutivos a percibir una pensión desde su cese como consejeros hasta la edad legal de jubilación ("Compensación por Prejubilación").

Aun cuando todo el expediente sancionador se entendió con el Banco Popular, incluida la propuesta de resolución, tras la fusión por absorción por el Banco Santander se dio traslado del expediente a última para que formulara alegaciones y finalmente la sanción se impuso al BANCO SANTANDER, S.A., en su condición de sucesor del Banco Popular.

SEGUNDO. Jurisprudencia sobre la transmisión de la responsabilidad administrativa entre personas jurídicas.

A) La jurisprudencia de este Tribunal ha admitido con carácter general la sucesión entre personas jurídicas de la responsabilidad por infracciones cometidas por una de ellas.

i) La sentencia de 18 de abril de 1994 (recurso de apelación 328/1991) estimó el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra una sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional que había anulado una sanción de multa por falta de ingreso de cotizaciones a la Seguridad Social, en base al principio de la personalidad de la pena que entendió aplicable a las sanciones administrativas imponibles al responsable de la infracción y no a "las personas sucesoras de sus obligaciones". Esta Sala entendió, en la sentencia que se cita, que la sociedad absorbente, una Mutua de accidentes de trabajo, había de satisfacer las sanciones pecuniarias, "que en razón de no existir liquidación de la Mutua absorbida debe hacerse por aquélla en que se integró por voluntad de ambas".

ii) La sentencia de 20 de septiembre de 1996 (recurso de apelación 3606/1991) advierte que es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en los supuestos de disolución de la persona jurídica sancionada y de fallecimiento de la persona física sancionada, "sin que ello pueda entenderse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas, ya que en estas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencia de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas y en contemplación última de intereses de éstas".

iii) La sentencia de 14 de febrero de 2007 (recurso de casación 17/2005), desestimó un recurso interpuesto por Banco Santander Central Hispano, que rechazaba la asunción por la entidad resultante de la absorción por fusión de las responsabilidades sancionadoras imputables a los Bancos de Santander por un lado y Central Hispano, por otro, y tras negar la similitud entre las personas físicas y las jurídicas en lo que respecta a la transmisibilidad de las sanciones, consideró que "[...] la absorción de una sociedad por otra supone que el patrimonio que se transmite, activo y pasivo, engloba las sanciones ya impuestas o que puedan imponerse".

iv) La sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso de casación 1973/2014) examinó diversos pronunciamientos sobre la cuestión de la sucesión en la responsabilidad por infracciones entre personas jurídicas y, además de diversas consideraciones sobre la responsabilidad de empresas matrices respecto de los actos de las filiales que no son de aplicación a nuestro caso, señaló 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 menor hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de denominación 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."

v) La sentencia de 23 de noviembre de 2016 (recurso contencioso administrativo 1003/2015), desestimó un recurso que presenta alguna similitud con el actual, pues fue interpuesto por la misma entidad aquí recurrente, Banco de Santander, también en relación con la transmisión de la responsabilidad por una infracción muy grave de la LPBC imputada a Banesto, habiendo mediado igualmente un proceso de absorción por fusión entre las citadas entidades bancarias, y la Sala en la citada sentencia volvió a señalar que a diferencia de la sucesión en materia de personas jurídicas en que rige el principio de personalidad en la culpabilidad, en materia de sucesión de personas jurídicas "la sucesora universal asume la totalidad de la organización de la anterior y sus consecuencias jurídicas". Advierte la sentencia que comentamos que "Para que la responsabilidad infractora



de una persona jurídica se extinga por su extinción requiere su liquidación, es decir, la desaparición intelectual de su centro de imputación de responsabilidad. En una fusión de sociedades se opera una continuidad intelectual de su comportamiento que se manifiesta en que para conseguir la fusión se produce un voluntario acuerdo de voluntades de ambas sociedades, no forzoso. Y, en consecuencia se traduce en la incorporación de la totalidad de las relaciones jurídicas entre una sociedad y otra."

vi) La sentencia de 15 de marzo de 2017 (recurso de casación 2078/2014) se enfrenta nuevamente a la cuestión de la transmisibilidad del reproche sancionador, correspondiente a una infracción muy grave de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, a la empresa resultante de un proceso de fusión o absorción, cuando el ilícito imputado ha sido cometido por la empresa fusionada o absorbida y, por ello, ha dejado de existir como tal. Esta sentencia atiende a los criterios fijados en la sentencia precedente de 16 de diciembre de 2015 y consideró que concurría en el caso el elemento de la continuidad empresarial material que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador.

vii) En dos sentencias de 13 de marzo de 2019 (recursos de casación 631/2018 y 638/2018), la Sala volvió a abordar la cuestión de la transmisión de la responsabilidad derivada de una infracción administrativa entre personas jurídicas, en este caso entre las Cajas de Ahorros que experimentaron un profundo proceso de transformación, con la particularidad de que trató también el problema de si era admisible la transmisión de la responsabilidad, bajo determinadas circunstancias, cuando la persona jurídica autora de la infracción subsiste y mantiene su personalidad jurídica, como ocurrió con las Cajas de Ahorros que se transformaron en fundaciones de carácter especial y mantuvieron su personalidad jurídica. La doctrina establecida por la Sala en respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional, relativa al régimen de transmisión de responsabilidad por la comisión de una infracción administrativa en los casos de segregación de la actividad financiera y transformación de las Cajas en fundaciones de carácter especial, fue la de mantener el criterio tradicional de que la sucesión en la responsabilidad entre personas jurídicas al tiempo de imponer una sanción opera "cuando, como consecuencia de un previo proceso de transformación o de fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso", y añadieron las sentencias que citamos que, además, también opera la sucesión de responsabilidad entre personas jurídicas "en los supuestos en los que, aun conservando su personalidad jurídica, la empresa infractora cesa en el ejercicio de la actividad económica que motivó la infracción y dicha actividad económica pasa a ser desarrollada por la empresa que la sucede, pues, en estos casos, la entidad infractora aunque no haya dejado de existir jurídicamente si lo ha hecho económicamente".

viii) Y más recientemente la STS nº 1385/2021, de 25 de noviembre (recurso 345/2020), en un recurso interpuesto por el Banco Santander por la imposición de una sanción como consecuencia de conductas imputables al Banco Popular, se analizó la transmisión de responsabilidad en los casos de fusión por absorción de ambas entidades.

B) El Tribunal de Justicia de la Unión Europea también se ha pronunciado en diferentes ocasiones sobre la cuestión que tratamos.

i) La sentencia del TJUE de 24 de septiembre de 2009 (asunto C-125/07) se refiere al principio de responsabilidad personal en la imposición de sanciones, al indicar (apartado 77) que: "Cuando una empresa infringe las normas de la competencia, le incumbe a ella, conforme al principio de responsabilidad personal, responder por esta infracción", si bien el TJUE contempla (apartado 78) la posibilidad de que una entidad que no sea la autora de la infracción pueda ser sancionada por ella, incluyendo dentro de este supuesto "la situación en que la entidad que ha cometido la infracción ha dejado de existir jurídicamente", añadiendo al respecto (apartado 79) que "cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad ente ambas entidades".

ii) Mantiene iguales criterios la sentencia del TJUE de 11 de diciembre de 2007 (asunto C-280/06, apartados 40 a 43).

iii) De forma muy clara, la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (asunto C-343/13) trata de la cuestión de la transmisión de la responsabilidad por infracciones administrativas entre personas jurídicas, al responder a la petición de decisión prejudicial formulada por un Tribunal portugués, que tenía por objeto la interpretación del artículo 19.1 de la Directiva 78/855/CEE del Consejo, relativa a las fusiones de las sociedades anónimas, en su versión modificada por la Directiva 2009/109/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, en relación con unas sanciones por infracciones en materia de Derecho del Trabajo.

En concreto, el Tribunal Portugués preguntó al TJUE si en una fusión por absorción, la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo puede incluir la transmisión, a la sociedad absorbente, de la



responsabilidad del pago de las multas impuestas por infracciones cometidas por la sociedad absorbida antes de dicha fusión.

La decisión de la cuestión prejudicial, advierte, en primer término (apartados 26 y 27), que la Directiva 78/855 no define el concepto de "patrimonio activo y pasivo" a los efectos de las fusiones de sociedades anónimas y que su contenido y alcance debe ser objeto en toda la Unión Europea de una interpretación autónoma y uniforme, interpretación que efectúa el Tribunal de Justicia a partir: a) del contexto del artículo 19.1 de la Directiva, que dispone que una fusión por absorción implica *ipso iure* y, por tanto, de modo automático, la transmisión universal de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida, que deja de existir, a la sociedad absorbente, y b) de la finalidad de la Directiva que (apartado 30) tiene como objetivo en particular la protección de los intereses de los asociados y de los terceros durante un proceso de fusión, incluyéndose entre los intereses protegidos (apartado 32) el del Estado cuyas autoridades competentes impusieron las multas.

Como resultado de los anteriores razonamientos el TJUE declaró que una fusión por absorción "supone la transmisión a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión".

C) De la jurisprudencia examinada puede llegarse a la conclusión de que el TJUE y este Tribunal viene admitiendo la transmisión de responsabilidad por infracciones administrativas en los casos de fusión por absorción y otros supuestos de sucesión entre personas jurídicas, cuando concurren las notas de identidad económica, de permanencia o de continuidad de la actividad económica, sobre la base de la consideración de que las sanciones pecuniarias forman parte del pasivo transmitido, sin que ello pueda considerarse contrario al principio de responsabilidad personal que se asienta sobre una concepción de la culpabilidad no trasladable a las personas jurídicas.

TERCERO. Sobre la transmisión de la responsabilidad en este caso.

La entidad recurrente sostiene, en primer lugar, que la naturaleza de la infracción sancionada no permite la transmisión de la responsabilidad, porque no existe el vínculo indispensable entre la entidad autora y la sucesora para que se respeten las insoslayables exigencias del principio de culpabilidad y de personalidad o autoría.

Considera que la infracción se refiere a una obligación normativa de organización interna y publicidad (aprobación de los IARC con determinado contenido), que se integra dentro de las exigencias de gobierno corporativo que el legislador impone a las sociedades cotizadas. No es una infracción referida a las obligaciones que las entidades bancarias deban cumplir en el desarrollo de su negocio bancario o financiero.

Además, se trata de una obligación normativamente atribuida a un órgano concreto de las sociedades cotizadas: *su consejo de administración*. Los IARC de Banco Popular fueron aprobados por su Consejo de Administración. La fusión por absorción de Banco Popular determina legalmente que ese Consejo de Administración que materialmente cometió la infracción "dejó de existir", como el resto de los órganos societarios de Banco Popular (por ejemplo, la comisión de retribuciones) en el momento de la fusión. Por ello entiende que el consejo de administración de la entidad absorbente, Banco Santander, no tiene vínculo alguno con el extinto consejo de administración del Banco Popular. Por ello, jurídicamente no existe "continuidad" en la actividad de Banco Popular que genera la infracción sancionada, ni existe vínculo alguno entre Banco Santander y la actuación infractora de Banco Popular.

En definitiva, en este primer motivo se considera que la mera "continuidad económica" no es suficiente para admitir la transmisión de responsabilidad atendiendo (i) a la naturaleza y alcance meramente corporativo de la infracción sancionada, (ii) a la desaparición jurídica de los órganos corporativos de Banco Popular y de las normas y organización corporativa de Banco Popular, (iii) a su desconexión con el negocio continuado, así como (iv) a la inexistencia de ventajas conseguidas con su comisión de las que el sucesor haya podido aprovecharse, existe una clara quiebra de la continuidad entre Banco Popular y Banco Santander que es indispensable para apreciar responsabilidad en Banco Santander y que pueda ser sancionado por los IARC de Banco Popular.

En respuesta a esta alegación debe empezar por destacarse que no cabe duda que la nota de la continuidad económica está presente en la fusión por absorción de Banco Popular por el Banco de Santander, que supuso la extinción del primero, inscrita en el Registro Mercantil de Cantabria el 28 de abril de 2019, y que determinó asimismo, de conformidad con el artículo 22 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, "la transmisión en bloque de sus patrimonios", o en los términos del artículo 19.1.a) de la Directiva 2011/35/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a las



fusiones y absorciones de las sociedades anónimas, "la transmisión universal [...] de la totalidad del patrimonio activo y pasivo de la sociedad absorbida a la sociedad absorbente", de forma que Banco de Santander adquirió la totalidad del patrimonio activo y pasivo de Banco Popular y se convirtió en su sucesor universal, continuando su actividad económica y empresarial en su integridad.

Y hemos afirmado en anteriores sentencias de este Tribunal, entre ellas dos sentencias de 13 de marzo de 2019 (recursos de casación 631/2018 y 638/2018), que la sucesión en la responsabilidad entre personas jurídicas al tiempo de imponer una sanción opera "cuando, como consecuencia de un previo proceso de transformación o de fusión, la persona jurídica que cometió la infracción desaparece y su actividad económica se continúa por la sociedad resultante de ese proceso".

Es más, la transmisión de responsabilidad por infracciones cometidas por el Banco Popular al Banco Santander tras el proceso de fusión por absorción de ambas entidades ya fue analizado por STS nº 1385/2012, de 25 de noviembre (recurso 345/2020) en la que sostuvimos que "las adquisiciones de una sociedad por otra y los cambios en la titularidad no conllevan la extinción de la responsabilidad por infracciones administrativas, al estar presentes en dichas operaciones las notas de permanencia de la entidad y continuidad en la actividad económica, a lo que cabe añadir que, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada por las dos sentencias de 13 de marzo de 2019, antes referenciadas, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas, carece de trascendencia "que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal".

Y la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 5 de marzo de 2015 (asunto C-343/13) declaró que una fusión por absorción "supone la transmisión a la sociedad absorbente, de la obligación de pagar una multa impuesta mediante resolución firme posterior a dicha fusión por infracciones del Derecho del trabajo cometidas por la sociedad absorbida antes de la citada fusión".

Por otra parte, el hecho de que los informes se elaboraran por el anterior consejo de administración del Banco Popular (entidad absorbida) y de que el Banco Santander cambiase al consejo de administración no impide la transmisión de la responsabilidad por las infracciones cometidas por el anterior equipo directivo.

Debe tomarse en consideración que la resolución de una entidad financiera es "un proceso singular, de carácter administrativo, por el que se gestiona la inviabilidad de aquellas entidades de crédito y empresas de servicios de inversión que no pueda acometerse mediante su liquidación concursal por razones de interés público y estabilidad financiera" Y por ello el Artículo 2.h) de la Ley 11/2015 la define como "reestructuración o liquidación ordenadas de una entidad llevadas a cabo con sujeción a esta Ley cuando, de conformidad con lo previsto en el Capítulo IV, la entidad sea inviable o sea previsible que vaya a serlo en un futuro próximo, no existan perspectivas razonables de que medidas procedentes del sector privado puedan corregir esta situación, y por razones de interés público y estabilidad financiera resulte necesario evitar su liquidación concursal".

En ese proceso de reestructuración, el artículo 4 establece una serie de principios, entre los que se encuentra el cese de los administradores existentes. Así se dispone en el art. 4.1. e) de la Ley 11/2015 "Los administradores y los directores generales o asimilados de la entidad serán sustituidos, salvo que, con carácter excepcional, se considere su mantenimiento estrictamente necesario para alcanzar los objetivos de la resolución".

Pero los cambios de titularidad en el consejo de administración no determinan la imposibilidad de transmitir las sanciones en los casos de sucesión de personas jurídicas. Los cambios jurídicos y organizativos, no implican necesariamente el nacimiento de una forma jurídica exenta de responsabilidad. Así se afirmó en la sentencia del TJUE de 24 de septiembre de 2009 (asunto C-125/07) (apartado 79) que afirma "cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad ente ambas entidades".

La entidad demandante plantea también, y ello constituye uno de los pronunciamientos que nos solicita el Auto de admisión, si la doctrina jurisprudencial reseñada debe aplicarse o no cuando la sanción impuesta lo sea por el incumplimiento de medidas de organización interna y no por la actividad bancaria estrictamente considerada, a los efectos de establecer si en estos casos se rompe o no el vínculo que legitimaría la transmisión de la responsabilidad a Banco de Santander.

Pues bien, en el supuesto que nos ocupa la infracción cometida fue la prevista en el artículo 296 del TRLMV, que bajo la rúbrica "Infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas", tipifica "La falta de elaboración o de publicación del informe anual de gobierno corporativo o del informe anual sobre remuneraciones de los consejeros [...], o la existencia en dichos informes de omisiones o datos falsos o engañosos [...]".



Lo cierto es que los Informes Anuales sobre la retribución de los Consejeros (IARC), ni tienen una connotación organizativa ni afecta tan solo al ámbito "interno", como si fuera algo que solo interesara al ente social afectado y no a los accionistas y al mercado en general, máxime tratándose como se trata de sociedades cotizadas. Pero, con independencia de ello, aunque se tratase de infracciones que afectan a la esfera organizativa de la entidad son imputables a la entidad bancaria en su conjunto y son susceptibles de transmisión a las entidades que las sucedan. Lo contrario llevaría a que las sanciones que pudieran imponerse a una entidad por este precepto- en donde se incluyen las deficiencias en los procedimientos administrativos y contables, en los mecanismos de control interno, el retraso en la llevanza de los libros de contabilidad y registros obligatorios, o en el mal funcionamiento del departamento o servicio de atención al cliente-, no serían transmisibles a la empresa que la absorba o la suceda.

Las conductas reprochables al consejo de administración también son transmisibles a la sociedad absorbente aunque no mantenga a la misma la cúpula directiva, pues como regla general las decisiones tanto organizativas como operativas de la entidad han de ser adoptadas por los directivos de esta sin que la transmisión de la responsabilidad entre personas jurídicas exija que se mantengan los mismos directivos.

Como acertadamente señala el Abogado del Estado es irrelevante el hecho de que la actuación de la entidad absorbente resulte ajena a la actuación que generó la responsabilidad, pues ello la transmisión de responsabilidad no opera por ser el autor de la conducta sancionada sino por el ser el sucesor y continuador de la sociedad que la adoptó. La supuesta la independencia formal previa de las sociedades que puedan participar en un proceso de fusión o absorción la ajenidad de la absorbente respecto de lo actuado o acordado por la absorbida, tanto en lo que pueda constituir su actividad típica como en lo que tenga que ver con su organización interna o sus órganos de gobierno, es una circunstancia referible a toda la esfera de las actuaciones jurídicas o económicas de esta última.

No puede considerarse que la transmisión de responsabilidad no opera por cuanto el Banco Santander es por completo ajeno a lo actuado por el Consejo de administración de Banco Popular especialmente en relación con las medidas o decisiones de "ámbito organizativo" puesto que esa "ajenidad" es referible a toda la actividad de Banco Popular, incluidas sus operaciones o negocios jurídicos típicos, sin distinciones, es decir, también a aquellos actos o negocios sobre los que admite sin reservas su responsabilidad como absorbente.

CUARTO. En segundo lugar, se aduce que deben ponderarse los intereses públicos en juego: la protección de la eficacia de los mecanismos de resolución bancaria frente al interés público que justifica el "traslado" de la responsabilidad administrativa.

Y en esa ponderación considera que el interés público consistente en garantizar que los instrumentos de resolución bancaria sean eficaces debe prevalecer sobre el interés público correspondiente a sancionar a un tercero que ni siquiera participó en los hechos. A juicio de la entidad recurrente, el hecho de que se obligue al tercero a asumir a ciegas cualquier pasivo anterior -se haya iniciado o no un procedimiento sancionador, o esté o no la conducta infractora relacionada con el negocio- desincentiva el interés de cualquier entidad en colaborar con las autoridades para asumir el rescate de la entidad en crisis. Y a tal efecto cita la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 5 de mayo 2022, caso *Banco Santander Vs. Varios* (JUR 2022/142105), que ha confirmado que Banco Santander no debe asumir la responsabilidad civil derivada de la deficiente información facilitada en el folleto de la ampliación del capital del antiguo Banco Popular porque deben prevalecer "los principios que rigen la resolución de entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, establecidos en la Directiva 2014/59" (p. 23), precisamente para proteger los fines a los que sirve la resolución bancaria.

El mecanismo de resolución del Banco Popular se produjo el 7 de junio de 2017, que se concretó en el instrumento de venta de negocio mediante la transmisión de la totalidad de las acciones a Banco de Santander, que permitió a la autoridad de resolución la venta de todos los activos, derechos o pasivos de la entidad objeto de resolución, sin que esa transmisión implicase la cesación en el negocio o el cese en su actividad de Banco Popular, sino al contrario, la venta, como se ha insistido tuvo por finalidad garantizar la continuidad de la entidad, que conservó su personalidad jurídica y continuó su actividad financiera y económica.

Y hubo que esperar un año (hasta el 28 de septiembre de 2018) hasta que se produjo la fusión por absorción entre el Banco Popular y el Banco Santander, que motivó la transmisión de responsabilidad por las infracciones cometidas por la primera entidad. De modo que el mecanismo de resolución se produjo un año antes a la transmisión de la responsabilidad, por lo que difícilmente la pudo poner en riesgo.

Por otra parte, tal y como se ha expuesto anteriormente, las adquisiciones de una sociedad por otra y los cambios en la titularidad no conllevan la extinción de la responsabilidad por infracciones administrativas, al estar presentes en dichas operaciones las notas de permanencia de la entidad y continuidad en la actividad económica. Pero es que además de acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada por las dos sentencias de 13 de marzo de 2019, antes referenciadas, a los efectos de la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre



personas jurídicas, carece de trascendencia "que la reestructuración no se haya decidido por los particulares, sino que se haya impuesto por una norma legal".

Tal y como explica la Exposición de Motivos de la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito y empresas de inversión, los instrumentos de resolución frente a la liquidación de la entidad de crédito, implica "un procedimiento administrativo especial y completo que procura la máxima celeridad en la intervención de la entidad, en aras de facilitar la continuidad de sus funciones esenciales", compatible con la transmisión de las responsabilidades por infracciones ya cometidas, tal y como ha puesto manifiesto la jurisprudencia reseñada, lo contrario implicaría en la exoneración de toda responsabilidad dimanante de actuaciones u operaciones del Banco Popular. Es más, no existe indicio alguno de que la transmisión de una sanción de multa de 1.000.000 € al Banco Santander pusiera en riesgo los mecanismos de resolución bancaria y la estabilidad del sistema financiero.

La parte demandante aduce en apoyo de su alegación la sentencia del TJUE (Sala Tercera), de 5 de mayo 2022, caso *Banco Santander Vs. Varios* (JUR 2022/142105), por entender que de la misma puede extraerse la jurisprudencia que con vocación general permite sostener que el interés público superior que justifica los mecanismos de resolución bancaria se impone sobre otros intereses públicos cuando de lo contrario se ponga en riesgo la eficaz aplicación de los mecanismos de resolución.

Lo cierto es que en dicha sentencia se planteaba si las normas del Derecho de la Unión en materia de responsabilidad civil derivada de la información facilitada en el folleto, pueden prevalecer sobre los principios que rigen la resolución de las entidades de crédito y las empresas de servicios de inversión, establecidos en la Directiva 2014/59, en particular el principio según el cual los accionistas de una entidad o de una empresa objeto de resolución deben soportar en primer lugar las pérdidas sufridas. Más concretamente, sobre la posibilidad de estimar una acción de responsabilidad por la información contenida en el folleto, con posterioridad a la conclusión del procedimiento de resolución de la entidad de crédito o una demanda de nulidad, por vicio del consentimiento, del contrato de suscripción de acciones adquiridas sobre la base de un folleto erróneo, en particular con arreglo al artículo 1307 del Código Civil, asimismo tras la conclusión de tal procedimiento.

En definitiva, el supuesto enjuiciado en dicha sentencia no guarda relación alguna con el supuesto que nos ocupa pues aborda el alcance de los créditos y de las acciones de los accionistas frente a la entidad sujeta a un procedimiento de resolución. Y ello porque ha de partirse de que en la normativa comunitaria se establece el principio de que son los accionistas y los acreedores de una entidad de crédito objeto del procedimiento de resolución son quienes deben soportar prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la aplicación de dicho procedimiento, lo cual plantea un problema completamente distinto al supuesto de la transmisión de la responsabilidad por sanciones administrativas entre personas jurídicas.

De ahí que en la citada sentencia se sostenga que "El procedimiento de resolución, como se indica en el considerando 45 de dicha Directiva, tiene por objeto reducir el riesgo moral en el sector financiero, haciendo que los accionistas soporten prioritariamente las pérdidas sufridas como consecuencia de la liquidación de una entidad de crédito o de una empresa de servicios de inversión, de modo que se evite que dicha liquidación merme los fondos públicos y afecte a la protección de los depositantes". Problema que no guarda relación alguna con el supuesto que nos ocupa, referido a la transmisión de la responsabilidad entre personas jurídicas en los casos en los que existe una sucesión entre ambas entidades, sobre el que existe jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en los términos ya mencionados.

QUINTO. Doctrina jurisprudencial que se establece en respuesta a las cuestiones planteadas en el auto de admisión del recurso de casación.

En respuesta a la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, no es preciso corregir la jurisprudencia de esta Sala contenida en al STS de 25 de noviembre de 2021 (recurso 345/2020) y en las que en ella se citan, en relación con la sucesión en la responsabilidad sancionadora entre personas jurídicas. Sucesión que opera también cuando las sanciones se imponen por infracciones cometidas por el consejo de administración de la entidad bancaria absorbida por el incumplimiento de medidas organizativas o de otra índole exigidas por la normativa vigente a las entidades bancarias.

SEXTO. Solución del recurso y costas.

Por todo ello, procede desestimar el recurso de casación, confirmando la sentencia impugnada.

De conformidad con lo dispuesto en el art 93.4 LJ cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad sin que se aprecien razones de temeridad o mala fe en el presente litigio que justifiquen la imposición de las costas a ninguna de las partes intervinientes



Mantener el pronunciamiento sobre costas contenido en la sentencia impugnada.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido de acuerdo con la interpretación de las normas establecida en el fundamento jurídico quinto:

1º Desestimar el recurso de casación interpuesto por el Banco de Santander SA, contra la sentencia de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional de 25 de noviembre de 2021 (rec. 2031/2019).

2º No imponer las costas de casación a ninguna de las partes, manteniendo el pronunciamiento sobre costas contenido en la sentencia de instancia.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ