

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 17 DE JULIO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 471/2017
Ponente: D. Francisco Díaz Fraile
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 30 de mayo de 2017, que confirma en alzada Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de 15 de julio de 2016
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a diecisiete de julio de dos mil dieciocho.

Visto el recurso contencioso administrativo que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido **CAIXABANK, S.A.**, representada por el Procurador, Don J.S.Z. contra la **COMISIÓN NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES**, representada por el abogado del Estado, sobre **MULTAS Y SANCIONES**, siendo ponente el Ilmo. Sr. Magistrado de esta Sección Don Francisco Díaz Fraile.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 15-6-2016 y su posterior confirmación en alzada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante esta Audiencia Nacional, una vez admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado a la parte recurrente para que formalizara la demanda solicitando en el suplico la estimación del recurso.

TERCERO.- Presentada la demanda se dio traslado de la misma al Abogado del Estado, con entrega del expediente administrativo, para que la contestara y, formalizada dicha contestación, solicitó en el suplico que se desestimaran las pretensiones de la parte recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Contestada la demanda, quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el 10-7-2018, en el que efectivamente se votó y falló.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna la resolución de la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) de 15-6-2016 y su posterior confirmación en alzada por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, que impusieron a la hoy parte actora una sanción de multa por importe de 750.000 € como responsable de una infracción grave por el mal funcionamiento de su servicio de atención al cliente durante el periodo comprendido entre el 1-1-2012 y el 28-2-2014, terminando la demanda con la súplica que es de ver en autos.

SEGUNDO.- La demanda rectora del proceso articula los siguientes motivos de impugnación: 1) infracción del principio de tipicidad (artículo 25 CE) por aplicación de una ley no vigente en el momento de la presunta comisión de la infracción; 2) infracción del principio de tipicidad (artículo 25 CE) por tratarse de una tipificación excesivamente genérica e indeterminada; 3) infracción del principio de tipicidad (artículo 25 CE) dado que la actora ha desarrollado un comportamiento correcto desde el punto de vista del estándar del sector; 4) vulneración del principio de presunción de inocencia (artículo 24.2 CE); 5) Infracción del principio de culpabilidad (artículo 25 CE); 6) el órgano sancionador no ha tenido en cuenta la concurrencia de circunstancias atenuantes: a) colaboración con el órgano sancionador, b) revisión del procedimiento de atención al cliente, c) no se han causado perjuicios económicos a los clientes ni concurre enriquecimiento por parte de la actora; 7) omisión de actos de trámite esenciales en relación con el informe del Banco de España; 8) vulneración del principio de proporcionalidad, con especial referencia a la reincidencia.

La demanda termina con una súplica de nulidad o anulabilidad de los actos recurridos, a la que se ha opuesto el abogado del Estado en su escrito de contestación a la demanda.

TERCERO.- Las resoluciones administrativas objeto del actual proceso fueron impugnadas también ante este mismo Tribunal a través del procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, concretamente en el recurso de derechos fundamentales 1/2017, donde ha recaído la sentencia de 28-11-2017. En esta sentencia se da respuesta a determinados motivos de impugnación de la recurrente que coinciden con los cinco primeros motivos de impugnación de la demanda rectora del actual proceso. La referida sentencia de 28-11-2017 devino firme, por lo que la misma produce el efecto positivo prejudicial de la cosa juzgada material respecto de los cinco primeros motivos de la actual demanda, debiendo reiterarse en unidad de doctrina hic et nunc los argumentos sobre el particular de la repetida sentencia de 28-11-2017, que dijo lo siguiente:

<<FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El acto impugnado es la resolución del Subsecretario de Economía, Industria y Competitividad dictada por delegación del Ministro de Economía, Industria y Competitividad mediante la cual se desestima el recurso de alzada interpuesto contra la resolución del Consejo de la Comisión Nacional del mercado de Valores de 15 de julio de 2016, que impone a Caixa Bank S.A una sanción de 750.000 euros por la comisión de la infracción grave prevista en el artículo 296.6 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores (expediente 18/2015) por mal funcionamiento de su servicio de atención al cliente durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014.

La resolución de 18 de julio de 2016 considera (fundamento de derecho quinto titulado Incumplimientos, pagina 20 y 21) que durante el período comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014 Caixa Bank incumplió obligaciones impuestas a su Servicio de atención al cliente incompatibles con un funcionamiento normal del servicio en dos aspectos:

- No atender ni resolver un número significativo de reclamaciones presentadas por sus clientes. La resolución recurrida reconoce que esas reclamaciones de los clientes habían sido tramitadas y resueltas previamente por servicios complementarios de atención al cliente de la entidad previstos en el artículo 7 de su Reglamento para la Defensa del cliente (cartas al director general, atención telefónica, por correo electrónico y atención directa en la oficina afectada) pero que tras haber sido resueltas desfavorablemente por dichos servicios complementarios no fueron remitidas al Servicio de Atención al Cliente (SAC), no pudiendo obligar a los clientes a presentar o reiterar la reclamación ante distintos órganos de la entidad. Esta incidencia afectó al menos a 319 reclamaciones de clientes que acabaron finalmente acudiendo al Servicio de Reclamaciones de la CNMV, sin que las mismas fueran tramitadas por el SAC de Caixabank y supone aproximadamente el 10% de las reclamaciones registradas por la dicha entidad en el período objeto de revisión (1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014). Considera que constituye un déficit o debilidad estructural del procedimiento seguido por la entidad que incumple el artículo 12.1 de la Orden ECO/734/2004 Ministerial sobre los departamentos y servicios de atención al cliente y el defensor del cliente de las entidades financieras y que establece que "Recibida la queja o reclamación por la entidad, en el caso de que no hubiese sido resuelta a favor del cliente por la propia oficina o servicio objeto de la queja o reclamación, ésta será remitida al departamento o servicio de atención al cliente, quien, cuando proceda de acuerdo con el reglamento de funcionamiento, la remitirá, a su vez, al defensor del cliente. La queja o reclamación se presentará una sola vez por el interesado, sin que pueda exigirse su reiteración ante distintos órganos de la entidad".

- Un porcentaje muy relevante de reclamaciones recibidas por Caixabank en el período objeto de revisión se resolvieron por el SAC tarde, superando el plazo máximo de dos meses establecido en la normativa aplicable, lo que también refleja el mal funcionamiento del SAC. Según los datos contenidos en los ficheros aportados por la dicha entidad, ésta incumplió el deber de dar contestación al cliente en el plazo legal, en casi un 50% (1.656) de las reclamaciones con respuesta durante el período objeto de revisión, de acuerdo con el fichero aportado por la propia Caixabank. Señala que este exceso en el plazo de resolución de las reclamaciones supone el incumplimiento evidente de los plazos establecidos en resolver las reclamaciones podrían poner de manifiesto bien una inadecuación de los medios humanos y materiales a la actividad propia de los servicios de atención al cliente y claramente un cumplimiento defectuoso, por demorado, de la obligación de resolver, lo que incide en el funcionamiento correcto exigible a la actividad de los servicios o departamentos de atención al cliente, habiéndose prolongado durante los dos años que ha abarcado la revisión realizada.

SEGUNDO.- Al objeto de fundamentar el recurso realiza las siguientes alegaciones:

1. Vulneración del principio de tipicidad reconocido en el artículo 25 de la CE por la aplicación de una ley no vigente en el momento de la presunta comisión de la infracción.
2. Vulneración del principio de tipicidad por tipificación excesivamente genérica e indeterminada.
3. Vulneración del principio de tipicidad porque se ha llevado una conducta acorde con el standard del sector.

4. *Vulneración del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 CE.*
5. *Vulneración del principio de culpabilidad.*

TERCERO.- En cuanto a la vulneración del principio de tipicidad por aplicación de una ley no vigente.

Alega el recurrente que se tipifica la conducta con arreglo a una norma que no se encontraba vigente en el momento de producirse los hechos y que además, tampoco contiene un régimen sancionador más favorable. Añade que no concurre una situación de retroactividad favorable por lo que la aplicación de la norma en este caso el Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores -que no se encontraba vigente en el momento de producirse la conducta- resulta contrario al principio de tipicidad reconocido en el artículo 25 CE.

El derecho fundamental que considera vulnerado es el previsto en el artículo 25.1 de la Constitución que establece que: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

Es cierto como señala el recurrente que se ha tipificado la conducta con arreglo a una norma que no se encontraba vigente en el momento de producirse los hechos (periodo comprendido entre el 1 de enero de 2012 y el 28 de febrero de 2014) pero no hay una infracción del principio de tipicidad vulneradora de un derecho fundamental y que determine la nulidad de pleno derecho de la resolución recurrida ya que como señala la resolución recurrida y reitera el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda no se ha sancionado por una conducta que cuando se realizó no constituyese infracción grave ya que no hay variación literal entre el artículo 296.6 del Texto Refundido de la Ley de Mercado de Valores aprobado por RDL 47/2015 que entró en vigor el 13 de noviembre de 2015 y el artículo 100 z) quinques de la Ley 24/1998 del Mercado de Valores tipificando ambos como infracción grave "el mal funcionamiento del departamento o servicio de atención al cliente".

El recurrente añade que la Administración pretende aplicar retroactivamente una norma sancionadora que no resulta favorable al infractor y justifica esa aplicación retroactiva en el hecho de que la norma posterior prevé respecto de la misma conducta infractora una sanción igual. Señala que la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 2001 (recurso 2247/1996) en el seno de un recurso de casación por unificación de doctrina rechazó la procedencia de este tipo de aplicación retroactiva.

Respecto a esta alegación hay que señalar que en principio por su propio carácter un texto Refundido no altera los textos legislativos que refunde por lo que es irrelevante a los efectos de la irretroactividad. Por otra parte el principio de irretroactividad en materia sancionadora recogido en el artículo 25 de la Constitución únicamente prohíbe la retroactividad de las normas desfavorables, al tiempo que avalaría la retroactividad de las favorables (si bien ha especificado el Tribunal Constitucional SSTC 99/2000 y 75/2000 que la retroactividad de la ley penal favorable se deduce del artículo 9.3 de la Constitución

careciendo por ello de rango de derecho fundamental) pero no abarca, en el sentido de que no constituye una vulneración de un derecho fundamental, la aplicación retroactiva de una norma posterior que no sea ni favorable ni desfavorable al ser de idéntico contenido la norma vigente en el momento de la comisión de los hechos con la posterior aplicada por la Administración. A este respecto citar la sentencia del Tribunal Constitucional 69/1989 de 20 de abril en el que no apreció vulneración del principio de legalidad en un supuesto de modificación normativa ya que tanto el artículo vigente en el momento de comisión de los hechos como el vigente en el momento de adopción del acuerdo sancionador mantenían la calificación como falta grave de la misma conducta.

CUARTO.- En relación a la infracción del principio de tipicidad por tipificación excesivamente genérica e indeterminada.

Señala el recurrente que la sanción trae causa de la presunta comisión de unos hechos para cuya calificación o inclusión en el tipo infractor -"mal funcionamiento del departamento o servicio de atención al cliente"- la CNMV, atendido lo genérico e indeterminado de la tipificación, goza de un amplísimo margen de apreciación o discrecionalidad. Por tanto, si es rechazable trasladar la calificación de las infracciones (como muy graves, graves o leves) a un momento aplicativo posterior, más aún lo es diferir a ese posterior momento, y a una amplia discrecionalidad administrativa, la determinación de la concreta concurrencia de la conducta infractora. El receptor de una norma como la citada no puede conocer exactamente a qué se refiere el legislador con la simple expresión "mal funcionamiento" ya que puede abarcar desde una mera irregularidad puntual del mismo -cualesquiera que sean las causas que la motiven-, hasta un funcionamiento sistemático y permanentemente deficiente.

El Abogado del Estado alega que la orden ECO 734/2004 de 1 de marzo establece el régimen de funcionamiento de los Departamentos y servicios de atención al cliente y tras reproducir el artículo 3, 10, y 15 de la misma indica lo siguiente: "de acuerdo con lo expuesto, y teniendo en cuenta que la parte actora es sancionada por no haber atendido y resuelto un número significativo de reclamaciones presentadas por sus clientes (dichas reclamaciones habían sido tramitadas previamente por servicios complementarios de atención al cliente, ajenos al SAC, pero sin resolución favorable al reclamante por lo que al amparo de la normativa vigente, debían haberse remitido al SAC para su tramitación) es evidente que no concurre la excesiva generalidad que aduce la actora, pues el deber de resolver las reclamaciones presentadas está concretado y detallado en la orden citada. En definitiva como señala la resolución recurrida el tipo de infracción no es genérico sin perjuicio de que pueda abarcar distintos tipos de incumplimientos de las obligaciones que la normativa específica de protección de clientela, todos los cuales son susceptibles de tener como consecuencia o como resultado precisamente lo que la Ley prevé como infracción".

El recurrente no ignora y así lo hace constar en el escrito de demanda que el cumplimiento del principio de tipicidad es compatible con la utilización de conceptos indeterminados en la tipificación de las infracciones administrativas. Se trata de una cuestión constitucionalmente lícita y hasta inevitable, puesto que si la tipificación tuviera que ser absolutamente detallista y exhaustiva, sería difícil incorporar a los textos legales y

reglamentarios todas las acciones merecedoras de sanción. Así la STC 69/1989 de 20 de abril señala que la garantía material del principio de legalidad "implica que la norma punitiva permita predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien la cometa, lo que conlleva que no quepa constitucionalmente admitir formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador".

Por tanto el principio de tipicidad no se opone a la utilización por las normas de conceptos jurídicos indeterminados, pero si la utilización de conceptos indeterminables (SSTC 116/1993 y 270/1994) a la realización de tipificaciones genéricas o totales (STC 219/1991) excesivamente extensas (STC 306/1994) o absolutamente inconcretas (STC 57/1998).

Tal compatibilidad se da particularmente como aquí sucede en los ámbitos donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento jurídico y pueden por consiguiente ser sometidas a sanción (STC 151/1997). Así el Tribunal Constitucional ha considerado que no vulnera el principio de tipicidad tipos como los siguientes: "desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades", (STC 68/1989) u "observar conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar que no constituyan delito" (SSTC 270/1994 y 151/1997) previstos en determinada legislación.

En esos casos el criterio para determinar si es compatible el tipo infractor con el principio de legalidad sancionadora es examinar si ese concepto jurídico indeterminado "resulta susceptible de delimitación en relación con cada supuesto de hecho, en virtud de los criterios de interpretación utilizables en nuestro ordenamiento" (STC 68/1989). Por tanto el juicio de previsibilidad no debe realizarse en abstracto sino lo que hay que tener en cuenta es si era previsible para el sujeto infractor que la conducta por la que ha sido sancionado podía ser constitutiva de la infracción que se le imputa, teniendo en cuenta los criterios de interpretación utilizables en nuestro ordenamiento, exigiendo al órgano sancionador un plus de motivación al aplicar dicha norma.

En el supuesto aquí examinado existe una delimitación legal específica del contorno de la infracción que permite excluir una interpretación expansiva del ámbito típico ya que hay que tener en cuenta como criterio de interpretación que la infracción que se imputa no puede leerse aisladamente sino en conexión con el artículo en que se integra del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores, referido a "infracciones por incumplimiento de medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas". Por tanto para que el incumplimiento de las obligaciones establecidas en la orden ECO 734/2004 de 1 de marzo pueda ser calificado como infracción grave es necesario que pongan de manifiesto un incumplimiento de las medidas de organización interna y de las exigencias prudenciales debidas. Por tanto, se cuenta con un marco de referencia que permite excluir una interpretación expansiva del ámbito típico.

La Administración ha tenido en cuenta ese marco de referencia ya que la resolución sancionadora en el fundamento de derecho quinto no solo se limita a indicar que ha habido un incumplimiento de la normativa sino que analiza si esos incumplimientos

responden a deficiencias estructurales de los procedimientos o de personal, haciendo referencia al volumen de deficiencias detectadas. No corresponde realizar en este recurso mayor análisis, al ser una cuestión de legalidad ordinaria que en su caso a la vista de las alegaciones que realice la parte en el recurso contencioso-administrativo ordinario que ha interpuesto serán allí examinadas.

QUINTO.- En cuanto a la infracción del principio de tipicidad porque se ha llevado una conducta acorde con el standard del sector.

CaixaBank alega que ha desarrollado un comportamiento correcto desde el punto de vista del estándar del sector ya que si se tiene en cuenta las Memorias elaboradas por la CNMV en relación con la atención a reclamaciones y consultas de los clientes CAIXABANK se sitúa por encima de la media de las entidades financieras españolas con resoluciones favorables a los usuarios. Para ello se remite a la documentación adjunta a las alegaciones formuladas por Caixa Bank en la propuesta de resolución del expediente sancionador (folios 290 y ss). En esa documentación adjunta aporta un ranking de reclamaciones con informe favorable de 17 entidades extraído de la Memoria de la CNMV de atención y reclamaciones y consultas de los inversores del año 2011, 2012 y 2013 del que resulta que Caixa Bank tiene un porcentaje superior a la media.

Hay que comenzar señalando que lo que aquí se está imputando a la entidad no es que resolviera el servicio de atención al cliente de la entidad de forma desfavorable las reclamaciones presentadas por los clientes sino que no atendiera el 10% de las reclamaciones de clientes ya que tras haber sido resueltas de forma desfavorable por los servicios alternativos al SAC, no constan atendidas por el SAC y que un 50% de las reclamaciones que fueron presentadas y atendidas por el SAC lo hiciera superando el plazo máximo de 2 meses. Es decir aquí no se está imputando el hecho de que el SAC haya dictado resoluciones desfavorables en las reclamaciones presentadas por los interesados sino que no se atendieran o que se resolvieran transcurrido el plazo. Es un incumplimiento del procedimiento que revela deficiencias organizativas.

El recurrente hace referencia a un dato recogido en la Memoria de la CNMV de atención y reclamaciones y consultas de los inversores. Esas Memorias tal como se indica al inicio de las mismas recogen "la actuación del Servicio de Reclamaciones de la CNMV en la atención de las reclamaciones, de los inversores". El procedimiento de reclamaciones y consultas ante los servicios de reclamaciones de la CNMV está regulado en la orden ECC/2502/2012 de 16 de noviembre. Las reclamaciones sólo pueden ser admitidas por la CNMV si previamente el inversor ha formulado la reclamación ante el departamento o servicio de atención al cliente (SAC) de la entidad y se ha producido uno de los resultados siguientes 1) que su admisión a trámite ha sido denegada, 2) que la petición ha sido desestimada y 3) que hayan transcurrido dos meses desde su presentación sin haber sido resuelta (artículo 7 orden ECC/2502/2012 de 16 de noviembre). Una vez admitida la tramitación, se remite una copia de la reclamación y los documentos presentados a la entidad para que pueda presentar alegaciones en el plazo de 15 días, de la que se da traslado al inversor y en caso de controversia se solicita un informe a la entidad. En los casos en los que no hay una terminación anticipada (allanamiento, avenimiento entre la entidad y el reclamante o desistimiento), la tramitación finaliza con la emisión de un informe motivado que

determina si se desprende en su caso que la entidad reclamada no se ha ajustado a la normativa de transparencia y protección del inversor o a las buenas prácticas y usos financieros. El informe motivado que emite la CNMV no tiene la consideración de acto administrativo recurrible y no tiene carácter vinculante. Sólo está previsto en la normativa que si ese informe es favorable al reclamante la CNMV requiera a las entidades que comuniquen o no la aceptación o no de los criterios. Esas comunicaciones deben hacerse en el plazo de un mes desde que se traslada el informe a las partes. La falta de comunicación por parte de la entidad en ese plazo se considera como no aceptación por esta de los criterios recogidos en el informe y se archiva la reclamación. La duración máxima de ese procedimiento es de 4 meses a contar desde la presentación de la reclamación ante la CNMV.

En las Memorias elaboradas cada año por la CNMV de atención y reclamaciones y consultas de los inversores se presentan clasificaciones de entidades reclamadas en función de varios parámetros, aunque de forma más completa a partir de la Memoria de 2013: reclamaciones con informe motivado, reclamaciones con informe favorable al reclamante, contestación de las entidades a los requerimientos formulados por la CNMV una vez emitido un informe final favorable al reclamante; y aceptación de criterios posterior a la emisión del indicado informe favorable al reclamante. En este caso el recurrente aportó el dato de "reclamaciones con informe favorable al reclamante". Como se indica en la Memoria: "Las reclamaciones se resuelven con un informe motivado favorable al reclamante en caso de que la entidad reclamada no hubiera actuado conforme a la normativa de transparencia y protección del inversor o a las buenas prácticas y usos financieros".

Por tanto el dato que toma el recurrente de las Memorias elaboradas por la CNMV para sustentar que su comportamiento en la atención a reclamaciones de los clientes de CAIXABANK supera la media del sector durante el periodo que se considera cometida la infracción no acredita tal extremo ya que si se sitúa por encima de la media de las entidades financieras españolas con resoluciones favorables a los usuarios, significa que la entidad no ha actuado conforme a la normativa de transparencia y protección del inversor o a las buenas prácticas y usos financieros en un porcentaje superior a la media.

SEXO.- Vulneración del principio de presunción de inocencia reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución.

El recurrente precisando que corresponde a la Administración "colmar" la actividad probatoria, alega que la Administración no ha contemplado 3 posibilidades que hubieran determinado la disminución del porcentaje de reclamaciones no atendidas: 1) la posibilidad de que las manifestaciones que un cliente dirige a la Entidad no deban de ser formalmente consideradas una reclamación y no meras consultas, requerimientos de asesoramiento o quejas, 2) la posibilidad de que alguna de las reclamaciones (aparentes o reales) hubieran podido ser inadmitidas por las causas justificadas y legalmente previstas en la Orden y 3) la posibilidad de que la reclamación hubiera finalizado mediante acuerdo convencional entre la Entidad y el cliente, o bien mediante desistimiento de éste último, o se hubiera producido la apariencia de tales.

Ciertamente como señala el recurrente compete al órgano sancionador probar los hechos que hayan de servir de soporte a la posible infracción ahora bien no hasta el límite que señala de "colmar" la actividad probatoria, si se entiende en el sentido literal de "sobrepasar, llegar más allá del borde" ya que los recursos públicos tanto de medios materiales y personales son limitados y la tramitación de los procedimientos sancionadores está sujeta a un plazo de caducidad. Por tanto el derecho fundamental a la presunción de inocencia se vulnera cuando no se practique una actividad probatoria de cargo "suficiente" de la que pueda inferir de forma razonable la participación del sujeto infractor en el hecho punible.

La admisión de una reclamación por el servicio de reclamaciones de la CNMV requiere la identificación y firma del reclamante, la identificación de la entidad reclamada y el motivo de la reclamación y haberse formulado la reclamación previamente ante el departamento o servicio de atención al cliente (SAC) o en su caso Defensor del Cliente, de la entidad contra la que se reclame y haber transcurrido dos meses desde dicha presentación, sin haber sido resuelta o haberse denegado su admisión o desestimación de su petición. Son causas de inadmisión la exposición de cuestiones que no sean competencia de la CNMV, la reiteración de una reclamación, que haya transcurrido el plazo de ejercicio de los derechos o se hayan extinguido de conformidad con lo previsto en los contratos o que los hechos a que se refiere la reclamación están siendo o hayan sido tratados en alguna otra instancia administrativa, arbitral o judicial.

En este caso el recurrente solicitó a la Administración que realizara un análisis de las 328 reclamaciones de clientes que habían sido admitidas por el Servicio de Reclamaciones de la CNMV, al objeto de examinar la posibilidad de que pudiera haber concurrido alguna de las 3 circunstancias que se han indicado y que hubiera determinado la inadmisión de la reclamación por parte de la CNMV, análisis que a juicio de esta Sala fue rechazado de forma motivada y acertadamente por la Administración y determina que no se considere vulnerado el derecho el principio de presunción de inocencia.

Así en la resolución recurrida se indica que en la tramitación de las reclamaciones ante la CNMV la parte tuvo oportunidad de alegar que concurría una de esas causas de inadmisibilidad y no cuestionó la admisión a trámite de la reclamación, ni la concurrencia de una causa de inadmisión ni la existencia de un acuerdo convencional. Tampoco fueron cuestionados esos aspectos en la contestación realizada por la entidad a la comunicación de relación de hechos detectados en la revisión del funcionamiento del SAC en el período enero 2012 a febrero de 2014 que se remitió a la entidad el 30 de marzo de 2015. A esa comunicación se acompañaba un fichero con el detalle de las 328 reclamaciones afectadas por esta incidencia y se le solicitaba que tras realizar los análisis oportunos para determinar por qué no se trasladaron las reclamaciones al SAC, remitiera cuantas alegaciones estimara convenientes y "a) confirmara si tras recibir la solicitud de alegaciones por parte del servicio de reclamaciones de la CNMV y comprobar que eran reclamaciones que no constaban en los registros del SAC, realizó algún tipo de análisis para averiguar los motivos de su no traslado al SAC". La respuesta de la entidad a esa comunicación se recoge en el hecho probado cuarto de la resolución de la CNMV siendo relevante que no hizo referencia a ninguna de esas posibilidades, informando que "se ha considerado que las principales causas de las deficiencias detectadas se encuentran en

debilidades de procedimiento de registro y formación deficiente de las gestiones de las oficinas comerciales que recibieron las reclamaciones".

SEPTIMO.- Infracción del principio de culpabilidad, reconocido en el artículo 25 CE.

Afirma el recurrente que las resoluciones que son objeto del presente recurso se limitan a afirmar que el tipo infractor no requiere de ningún elemento subjetivo sin ningún fundamento jurídico. No se comparte esa afirmación ya que lo que dice la resolución es que el tipo infractor que se imputa no requiere ningún "elemento subjetivo especial" para su consumación para referirse a que "la actuación que se imputa se lleva a cabo a título de negligencia, deber de diligencia exigible que, resulta evidente, no se ha cumplido y, ello, aunque la entidad no hubiera tenido voluntad de incumplir las obligaciones impuestas ni tener como resultado que el Servicio de atención al cliente de Caixabank tuviere un mal funcionamiento dentro del período indicado" y que "Por tanto, las menciones que se hacen a la ausencia de intencionalidad o la buena fe en la actuación de la entidad no evitan la imputación que se lleva a cabo, ni eliminan el elemento subjetivo de la responsabilidad".

Señala que algunas de las reclamaciones que han dado lugar a la tramitación del presente expediente sancionador, proceden de entidades que, en el momento de presentarse la reclamación, nada tenían que ver con la recurrente y hace referencia a 9 reclamaciones del Banco de Valencia y 68 de Banca Cívica, todas ellas presentadas ante los servicios de atención al cliente de Banca Cívica y Banco de Valencia con anterioridad a que Caixabank hubiera absorbido a ambas entidades.

La resolución recurrida ya considera que hay que descontar las 9 reclamaciones del Banco de Valencia ya que las reclamaciones presentadas ante el SAC de Banco Valencia, todas y cada una de ellas se presentaron ante la CNMV con anterioridad al mes de junio de 2013 (fecha tomada de referencia para la fusión Banco de Valencia) y considera que estas reclamaciones no pueden imputársele como incumplimientos a Caixabank, puesto que al momento de producirse la fusión por absorción de Banco de Valencia la reclamación ya se había presentado y había sido admitida por la CNMV. Señala que esa circunstancia no concurría en las reclamaciones de Banca Cívica, que fueron presentadas ante la CNMV en un momento posterior a la fecha de extinción de la personalidad jurídica por su fusión y adquisición por Caixa Bank (28 de junio de 2012) por lo que debieron registrarse ya en el SAC de la entidad. Es decir la CNMV considera que lo relevante es si a la fecha de presentación de la reclamación en la CNMV se había producido la fusión. Por tanto entiende que del total del incumplimientos (328) habría que descontar los 9 correspondientes al Banco de Valencia por lo que se quedan en 319.

Esta Sala considera que ni siquiera habría que descontar las 9 reclamaciones del Banco de Valencia ya que lo relevante es que extinguida la personalidad jurídica por fusión y adquisición por Caixabank, ésta adquirió el control absoluto y la totalidad de la actividad empresarial de Banco de Valencia y continuó bajo el paraguas y gestión de la nueva entidad y por tanto Caixabank debe asumir y cargar con el reproche sancionador derivado de la entidad extinguida. Así ya lo declaramos en nuestra sentencia de 3 de diciembre de 2015 dictada en el recurso de apelación 30/2015 específicamente para en relación a Banco de Valencia y Caixabank en la que dijimos lo siguiente:

"La recurrente señala que la imputación de infracciones que en su caso fueron cometidas por la Entidad Banco de Valencia, mucho antes de iniciarse el conjunto de operaciones que culminaron con la fusión por absorción en virtud de la cual Caixa Bank absorbió a la entidad Banco de Valencia, vulnera el principio de culpabilidad ya que no le son imputables los hechos que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, ni tan solo a título de simple inobservancia, pues en el momento de producirse los hechos, no tenía ninguna relación ni ningún control ejercía con la Entidad Banco de Valencia. Señala que la jurisprudencia más reciente niega la posibilidad de transmitir la responsabilidad por infracciones administrativas, incluso en supuestos de extinción de la sociedad infractora y de sucesión universal por parte de otra entidad, considerando que tal transmisión resultaría del todo contraria al principio de culpabilidad reconocido en el artículo 25 de la Constitución. Cita varias sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de julio de 2008, de 2 de abril de 2009 y 19 y 25 de mayo de 2010 y 20 de junio de 2010 y una del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 17 de marzo de 2011.

No aprecia esta Sala que se haya vulnerado el principio de culpabilidad. Afirma el recurrente que la jurisprudencia más reciente niega la posibilidad de transmitir la responsabilidad por infracciones administrativas, incluso en supuestos de extinción de la sociedad infractora y de sucesión universal, citando varias sentencias de esta Sala, pero omite indicar que el Tribunal Supremo ha casado dos de esas sentencias (sentencias del Tribunal Supremo de 16 de septiembre y 11 de octubre de 2013, recursos 5977/2010 y 5435/2010 respectivamente que casan las sentencias de la Audiencia Nacional de 19 y 25 de mayo de 2010) existiendo por otra parte otras sentencias de esta misma Sala de 10 de diciembre de 2013 (recurso 71/2003) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 254/2002) en la que se mantiene que la responsabilidad administrativa que como consecuencia de una sanción recaiga sobre la persona jurídica que se ha fusionado no se extingue con la fusión sino que se traslada a la entidad con la que se ha fusionado citando al efecto el artículo 130 del Código Penal. En el presente caso en el que Caixa Bank SA adquirió al menos el 98,9% del capital social del Banco de Valencia, es decir, el control absoluto y continuó con su actividad empresarial bancaria, integrándolo en su negocio principal de la manera que ha considerado oportuno, es decir la totalidad de la actividad empresarial de Banco de Valencia continúa bajo el paraguas y gestión de la nueva entidad, no cabe duda de que la transmisión de las sanciones es posible en derecho de conformidad con lo establecido en el artículo 130 del Código Penal".

Ciertamente en ese caso analizado por la sentencia de esta Sala de 3 de diciembre de 2015 dictada en el recurso de apelación 30/2015, además continuaba el cumplimiento de la obligación por parte de la nueva entidad, pero ya se explicita en la sentencia que es un además que no implica que en el caso de que se haya agotado el cumplimiento de la obligación, no pueda declararse responsable a la nueva entidad. En este sentido citar la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2017 (recurso 2078/2014) que analiza la cuestión 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. Dicha sentencia se remite a su vez a su sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso 1973/2014) que

establece 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", es decir si se da una continuidad empresarial material, con independencia del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador. Este criterio es el que hemos aplicado también en nuestras sentencias de 4 de octubre de 2017 dictada en el recurso 242/2016 y 3 de mayo de 2016 (recurso 2046/2013).

En este caso no se cuestiona por el recurrente que se da esa continuidad empresarial material respecto a las entidades fusionadas, por lo que no puede considerarse vulnerado el principio de culpabilidad. Ahora bien el principio de reformatio in peius impide que se pueda incluir esas 9 reclamaciones correspondientes al Banco de Valencia y que no han sido consideradas por la Administración.

OCTAVO.- Conforme a lo razonado no se aprecia se haya vulnerado algún derecho fundamental. --->>.

CUARTO.- En otros motivos de impugnación la parte actora esgrime determinadas atenuantes que la Administración no habría tenido en cuenta. Sin embargo, las circunstancias del caso no permiten apreciar que tales atenuantes concurren en sentido estricto. Es de tener en cuenta que los criterios determinantes de las sanciones del artículo 106.ter de la LMV (Ley 24/1988) no son aplicables necesariamente en todos los casos, careciendo de una particular significación que en el caso que no se hubieran eventualmente causado pérdidas a terceros o que la actora no hubiera obtenido ganancias, y sin que, por otra parte, las medidas de mejora del servicio a posteriori hayan supuesto la subsanación de la infracción ya cometida a través de los hechos objeto del reproche disciplinario, sin que, en fin, tampoco se aprecie que la recurrente haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos en cuanto colaboración con la CNMV más allá de sus deberes inherentes a su sujeción a los poderes de supervisión e inspección de esta última.

Igualmente es rechazable el motivo atinente a la reincidencia. Los criterios específicamente contemplados en el artículo 106.ter de la LMV se añaden a los recogidos en el artículo 131.3 de la Ley 30/1992, sin que una norma especial sea derogada en el sistema de fuentes por una norma general como puede ser la reguladora del procedimiento común. En el caso la circunstancia agravante aplicada está contemplada en la normativa específica representada por el artículo 106.ter.1.) de la LMV (idéntico precepto obra en el artículo 310.1.) del posterior Real Decreto Legislativo 4/2015). A lo anterior se añade que en la resolución de la alzada se expresaron las circunstancias de firmeza de la anterior sanción impuesta a la actora al desestimarse el recurso de reposición contra la misma por resolución de 28-9-2015, notificada el 6-10-2015, publicándose por otra parte en el BOE de 28-11-2015 las sanciones impuestas a -entre otros- la aquí actora mediante la Orden ministerial de 7-5-2014.

En función de lo anterior y de las demás circunstancias concurrentes en el caso, y habida

cuenta que la sanción se impuso dentro del tercio inferior y dentro de dicho tercio en sus parámetros menores, tampoco puede estimarse la alegación impugnativa que apunta a la vulneración del principio de proporcionalidad de las sanciones.

Por último (aunque alterando el orden del escrito de demanda), no resulta plausible el motivo de impugnación que se sustenta en una falta de audiencia en relación con el trámite del informe evacuado por el Banco de España. Al respecto es de indicar -con abstracción de otras posibles consideraciones- que el meritado informe no versa propiamente sobre el régimen sancionador o la sanción en sí misma sino sobre el punto de si la sanción a imponer puede afectar a la solvencia y estabilidad de la entidad de crédito infractora, por lo que en realidad dicho informe es ajeno a la temática sancionadora, de donde que no pueda afectar al derecho de defensa de la interesada, que así no puede alegar por la ausencia de audiencia respecto de dicho trámite una situación de indefensión generadora de un vicio de anulabilidad.

En definitiva, y por mor de cuanto antecede, se impone la desestimación del actual recurso.

QUINTO.- Al desestimarse el recurso procede la imposición de las costas a la parte actora (artículo 139.1 de la LJ).

FALLAMOS

- 1) Desestimar el recurso.
- 2) Confirmar las resoluciones a que se contrae la litis.
- 3) Imponer a la parte actora las costas del proceso.

Esta sentencia es susceptible de recurso de casación, que deberá prepararse ante esta Sala en el plazo de 30 días contados desde el siguiente al de su notificación; en el escrito de preparación del recurso deberá acreditarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 89.2 de la Ley de la Jurisdicción justificando el interés casacional objetivo que presenta.

Así por esta nuestra sentencia, testimonio de la cual se remitirá, junto con el expediente administrativo, a su oficina de origen para su ejecución, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.