

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 3 DE MAYO DE 2016 y
AUTO DE ACLARACIÓN DE 9 DE JUNIO DE 2016.

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 2046/2013
Ponente: D. José Félix Méndez Canseco
Acto impugnado: Resolución del Ministerio de Economía y Competitividad de 4 de octubre de 2013, que confirma en reposición Orden del mismo ministerio de 16 de mayo de 2013

Fallo: Desestimatorio

Madrid, a tres de mayo de dos mil dieciséis.

Visto el recurso contencioso-administrativo que ante esta Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y bajo el número **2046/2013**, se tramita a instancia del **GRUPO EMPRESARIAL SAN JOSÉ, S.A. ("GESJ")**, representado por el Procurador don JLA contra la resolución de fecha 4 de octubre de 2013 dictada por el Ministerio de Economía y Competitividad, por delegación el Subsecretario de Economía y Competitividad, por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra la anterior Orden Ministerial de fecha 16 de mayo de 2013 por la que se resolvió imponer sanción por la comisión de infracción muy grave del art. 99 i de la Ley 24/1998, de 28 de julio del Mercado de Valores, y en el que la Administración demandada ha estado representada y defendida por el Sr. Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El acto impugnado procede del Ministerio de Economía y Competitividad y es la Resolución de fecha 4 de octubre de 2013.

SEGUNDO.- Interpuesto recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo contencioso administrativo de esta Audiencia Nacional, después de admitido a trámite y reclamado el expediente administrativo, se dio traslado al 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 del recurrente y que se confirmaran los actos impugnados por ser conformes a Derecho.

CUARTO.- Mediante Auto de 25 de julio de 2014 se acordó el recibimiento del recurso a prueba, llevándose a cabo las pruebas propuestas por la parte actora declaradas pertinentes.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones quedaron los autos conclusos para sentencia, señalándose para votación y fallo el día 26 de abril de 2016 en el que, efectivamente, se votó y falló.

QUINTO.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las forma legales exigidas por la Ley que regula la Jurisdicción. Y ha sido Ponente el Magistrado de esta Sección D. José Félix Méndez Canseco.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se interpuso el presente recurso contra la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 4 de octubre de 2013, mediante la que se desestimaba el recurso de reposición interpuesto por la hoy recurrente contra la orden del Ministro de Economía y Competitividad de 16 de mayo de 2013, por que se impuso a la sociedad Parquesol Inmobiliaria y Proyectos, S.A. (absorbida por el Grupo Empresarial San José) y al Grupo Empresarial San José, sanciones (respectivamente, multas de 100.000 € y de 120.000 €) por la comisión de infracciones muy graves consistentes en la realización de prácticas de manipulación del mercado prevista en el artículo 83 ter a) en relación con el artículo 99. i), de la Ley 24/1998 de 28 de julio del Mercado de Valores, durante el período comprendido entre el 3 de septiembre al 12 de diciembre de 2007.

Alega, en síntesis, la parte recurrente que la administración demandada ha infringido el principio de personalidad de las sanciones, el principio de presunción de inocencia, el de tipicidad, responsabilidad y culpabilidad, así como el principio de proporcionalidad en la imposición de la sanción.

SEGUNDO.- Está acreditado y no han sido desvirtuados por la parte demandante los datos reflejados en el expediente administrativo, que durante el período comprendido entre el 3 de septiembre al 12 de diciembre de 2007 el precio cierre de Parquesol se incrementa en un 7% (pasa del 21.10 a 22.64 euros) y se negocian 1.1 millones de acciones de Parquesol. Las compras para la autocartera representan el 9% del total del negociado, mientras que Grupo San José (GSJ) adquiere el 68% del volumen negociado acaparando el 84% de la negociación de las subastas de cierre, y todo ello en ausencia de noticias que pudieran explicar el incremento en la cotización de las acciones de Parquesol durante ese período, generando una posición dominante en la negociación de acciones que ha impedido que los precios se determinen en el mercado de manera libre por la concurrencia de una pluralidad de inversores independientes y ajenos a la propia sociedad.

Está probado que con carácter previo a la incoación formal del procedimiento sancionador, se emitió informe por la Unidad de Vigilancia de los Mercados, con fecha 27 de febrero de 2012, así como dictamen de legalidad por los servicios jurídicos de la CNMV, analizando la negociación de las acciones de Parquesol y las operaciones de autocartera, así como la actuación del accionista mayoritario, Grupo Empresarial San José. La parte recurrente tuvo acceso al expediente administrativo, pudo formular y formuló alegaciones y tuvo la oportunidad de aportar prueba en su descargo. Y si bien de conformidad con lo previsto en el artículo 12 del reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora *(1. Con anterioridad a la iniciación del procedimiento, se podrán realizar actuaciones previas con objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen tal iniciación. En especial, estas actuaciones se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la incoación del procedimiento, la identificación de la persona o*

personas que pudieran resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros), las denominadas actuaciones previas tienen como función comprobar si *prima facie* existe base suficiente para la incoación de un procedimiento sancionador, también es verdad que todos los elementos de prueba obtenidos en dicha fase pueden ser utilizadas como elementos de cargo en el correspondiente procedimiento administrativo sancionador, siempre que sobre ellos se dé audiencia efectiva al interesado y se le posibilite la defensa en el seno del propio procedimiento, tal y como en el presente caso ha sucedido, de modo que no es de apreciar vulneración del derecho de defensa de la parte recurrente.

Resulta asimismo acreditado que durante el periodo comprendido entre el 3 de septiembre de 2007 y el 9 de mayo de 2008 la autocartera de Parquesol compró un total de 1.079.816 acciones y el Grupo Empresarial San José compró un total de 2.234.366 acciones de aquella, todo ello sin considerar las operaciones con LABARO, GRUPO INMOBILIARIO, S.A. También está acreditado que en la operativa llevada a cabo por ambas entidades se detectan tres periodos diferentes: un periodo de mantenimiento, uno de subida (al contrario de la tendencia bajista en el sector) y uno de bajada (respectivamente 59, 14 y 10 sesiones), y que en los dos primeros la autocartera de Parquesol o el accionista mayoritario, Grupo Empresarial San José, llevaron a cabo una intensa operativa de compras sobre acciones de Parquesol, acaparando en el primer período un 63% de la negociación entre ambas entidades, principalmente, a través de las compras de autocartera, hasta que ésta llega casi al máximo legal de un 5%, y desde entonces mediante compras realizadas a nombre del accionista mayoritario, Grupo Empresarial San José, acaparando conjuntamente el 77% de la negociación en el segundo periodo. Y todas estas compras han tenido lugar acaparando más de la mitad de las ejecuciones que implicaron subida o mantenimiento respecto de la ejecución previa durante la negociación en abierto. Así, Parquesol realizó compras durante el primer período, para la autocartera, en casi la mitad de las subastas de cierre de las sesiones en que intervino, acaparando en un 96% de ellas más del 50% del volumen negociado. El Grupo Empresarial San José, durante el segundo periodo, realizó compras en el 86% de las subastas de cierre de las sesiones en que intervino (en este caso en todas las sesiones del periodo), acaparando en un 92% más el 50% del volumen negociado. Además, durante el segundo periodo comprendido entre el 23 de noviembre y el 12 de diciembre de 2007, que es el periodo de subidas, es de destacar que las cotizaciones de cierre de otras empresas del sector inmobiliario no subieron tanto o incluso bajaron en su valoración. Y precisamente es en este periodo cuando Grupo Empresarial San José compró un 68% del volumen negociado. Durante el tercer periodo comprendido entre el 20 de diciembre de 2007 y el 9 de enero de 2008, que es el periodo de bajadas, el Grupo Empresarial San José y también la autocartera de Parquesol disminuyeron su actividad compradora de acciones de esta última entidad, cayendo el precio de las acciones, lo que tuvo lugar precisamente una vez que tanto la autocartera de Parquesol, como el Grupo Empresarial San José redujeron sus volúmenes de compras. Así, en este tercer periodo, que comprende desde el 20 de diciembre de 2007 al 9 de enero de 2008, se aprecia una bajada de las valoraciones de un 21%, época en que la autocartera realizó escasamente un 10% de las compras y el Grupo Empresarial San José también redujo su volumen comprador hasta el 35%.

Se trata de operaciones que han representado volúmenes de negociación muy relevantes constituyéndose en posición de dominio en dicha negociación, tanto si se considera la total negociación habida en dicho tramo -donde dichas operaciones suponen el 68,3% del total negociado-, como individualmente por sesiones -en todas ellas GSJ acapara más del 25% del volumen negociado, ascendiendo al 57% aquellas en las que concentró más del 75% de lo negociado-.

La operativa en subastas de apertura y cierre donde la posición de dominio es todavía más relevante: 89% del volumen negociado en subastas de apertura y 84% en subastas de cierre, siendo que en estas últimas opera en el 92% de las mismas, concentrando en la mayoría de ellas -92%- más del 50% de lo negociado y ascendiendo al 75% en las subastas de cierre en las que se concentra más del 75% de lo contratado.

Cambio de tendencia en la cotización del valor que pasa de un período anterior de mantenimiento a este tramo de cotización al alza, sin que la situación y expectativas de Parquesol o de su sector de actividad expliquen dicho cambio. Y a continuación, desde el 20 de diciembre de 2007 al 9 de enero de 2008 se produce un descenso en el cierre del 21%. Tal y como resulta del Informe de la Unidad de Vigilancia de los Mercados (UVM) de 21 de enero de 2013, y se remarca que la evolución del valor no se corresponde con valores comparables del sector, como Metrovacesa, Reyal Urbis o Realia.

Un incremento de un 7% en el valor de la acción podría no ser un incremento significativo y menos aún en valores poco líquidos como Parquesol, pero ha de considerarse el hecho de que en este caso ese incremento se produce tras un periodo de 3 meses de mantenimiento de la cotización, en ausencia de noticias que pudieran explicar el incremento en la cotización de las acciones de Parquesol. Señala el recurrente que algunas empresas del sector de la construcción experimentaron un incremento en la cotización en ese mismo período, como Cementos Portland, Montebalito y Fergo AISA, como se acredita en la prueba practicada; pero el informe de la UVM sostiene que la comparación efectuada debe referirse a acciones de emisores que sean no sólo del mismo sector sino que no se encuentren afectados por noticias singulares, que sean del mismo tamaño, de la misma rama de actividad y que presenten con esa sociedad mayores similitudes (valores comparables), por lo que ha de ponderarse lo acaecido con entidades como Metrovacesa, Reyal Urbis y Realia, cuya evolución en la cotización no coincide en ese periodo con el experimentado por Parquesol.

La correlación existente entre las operaciones de GSJ y la evolución de la cotización en ese sentido y por lo que se refiere a la negociación en abierto en el 71% de las sesiones GSJ acapara más del 40% de las ejecuciones que suben el precio; y por lo que se refiere a las subastas de cierre, en el 67% de las que intervienen concurren las circunstancias de acaparar más del 75% de lo negociado y que el precio de la subasta sube respecto a la última ejecución en abierto, siendo que en el 87% de estas, además, el precio de cierre sube respecto al día anterior.

TERCERO.- Siendo evidentes las dificultades que presenta el delimitar una manipulación de mercado, se han regulado parámetros para analizar si determinados comportamientos constituyen una práctica que falsea la libre formación de precios.

El artículo 2.1 del Real Decreto 1333/2005 de 11 de noviembre enumera una serie de comportamientos que se consideran prácticas que falsean la libre formación de los precios. El apartado 1 enumera varias prácticas: *"a) La actuación de una persona o de varias concertadamente para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un valor o instrumento financiero con el resultado de la fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o de otras condiciones no equitativas de negociación y g) La venta o la compra de un valor o instrumento financiero en el momento de cierre del mercado con el efecto de inducir a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre"*.

A su vez, el artículo 3 del citado Real Decreto establece una serie de señales o indicios indicativos a tener en cuenta al objeto de la eventual consideración de una determinada conducta como práctica de manipulación de mercado, y el documento CESR/04-505b sobre aplicación común de las DAM incorpora una lista de indicaciones de posibles transacciones sospechosas, entre las que se relacionan *"operaciones que aparentemente pretenden incrementar o reducir el precio o el volumen de un valor. Particularmente, aquellas operaciones que se realizan en momentos concretos de una sesión bursátil tal y como sería cerca del cierre"; o "la realización de órdenes unos minutos antes de concretarse un determinado precio para un valor, o cancelando unos segundos antes de concretarse el precio con el fin de que aparezca en las pantallas un valor teórico superior o inferior al real"*.

Por otra parte, para evitar ciertas consecuencias perniciosas para el mercado por el hecho, en principio legítimo, de que una empresa pueda adquirir sus propias acciones, convirtiéndose en la accionista de sí misma, el ordenamiento jurídico ha establecido prohibiciones relativas y ha tipificado y sancionado determinados supuestos, ya que la autocartera podría utilizarse en el ámbito del mercado de valores por las sociedades cotizadas para manipular el curso de las cotizaciones, lo que sería alterar la fijación libre y objetiva de los precios en el mercado y por tanto, tal alteración supondría un abuso de mercado, que es normalmente considerado como aquella conducta que hace peligrar o lesionar la función pública de la información en cuanto criterio de justa atribución del riesgo negocial en el mercado de valores con el objeto de preservar la confianza de los inversores. Se tutela, por tanto, el bien jurídico consistente en la libre formación de precios en el mercado para así garantizar la transparencia e igualdad de oportunidades entre todos los inversores. Véase al efecto el capítulo segundo del título séptimo de la ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y el Real Decreto 1333/2005, de 11 de noviembre dictado en su desarrollo. En lo que aquí interesa, dicha normativa trata de evitar la manipulación del mercado y los falseamientos en la libre formación de los precios.

Se denomina autocartera al número de acciones propias que posee una empresa. El régimen jurídico de la autocartera se encuentra en la Ley de Sociedades de Capital, Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital, en su capítulo IV, de los negocios sobre las propias

participaciones y acciones, desde el artículo 134 al 148. También se regula, como veremos, en otro grupo normativo que viene a complementar al anterior: la legislación sobre los mercados de valores.

La aprobación de la Directiva 2003/6/CE estableció un régimen unitario completo del abuso de mercado en el nivel europeo, al regular, además de la información privilegiada, este otro tipo de abuso de mercado: la manipulación de cotizaciones.

La Directiva 2003/6/CE se traspone en el derecho español con la redacción de los artículos 81 a 83 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, tras la reforma operada por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero, aplicable al presente caso.

La regulación aplicable al abuso de mercado en España en lo relativo a la manipulación de cotizaciones a través de la autocartera, se encuentra en el artículo 83 ter. 1 de la LMV, donde se establece que *"toda persona o entidad que actúe o se relacione en el mercado de valores debe abstenerse de la preparación o realización de prácticas que falseen la libre formación de los precios" ... tal como (apartado a), "las operaciones u órdenes que proporcionen o puedan proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores negociables o instrumentos financieros" y "las que aseguren, por medio de una persona o de varias personas que actúen de manera concertada, el precio de uno o varios instrumentos financieros en un nivel anormal o artificial, a menos que la persona que hubiese efectuado las operaciones o emitido las órdenes demuestre la legitimidad de sus razones y que éstas se ajustan a las prácticas de mercado aceptadas en el mercado regulado de que se trate".* Y conforme al artículo 2 del Real Decreto 1333/2005, se considerarán prácticas que falsean la libre formación de los precios y que por lo tanto constituyen manipulación de mercado por medio de autocartera los efectos del artículo 83 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, *"la actuación de una persona o de varias concertadamente para asegurarse una posición dominante sobre la oferta o demanda de un valor o instrumento financiero con el resultado de la fijación, de forma directa o indirecta, de precios de compra o de venta o de otras condiciones no equitativas de negociación",* y (apartado b) *"la venta o la compra de un valor o instrumento financiero en el momento de cierre del mercado con el efecto de inducir a error a los inversores que actúan basándose en las cotizaciones de cierre".*

Dicho Real Decreto establece en el artículo 3 una serie de indicios (que por sí mismos no constituyen manipulación del mercado) para determinar si una conducta constituye o no una práctica que falsee la libre formación de precios, es decir, manipulación de mercado, sin perjuicio de aquellos otros que, en el futuro, mediante circular, se pudieran añadir por parte de la CNMV.

1. A los efectos de determinar si una conducta constituye o no una práctica que falsee la libre formación de precios, es decir, manipulación de mercado, la CNMV se asegurará de que se tengan en cuenta los indicios que se establecen en este artículo, sin perjuicio de aquellos otros que, en el futuro, mediante circular, aquélla pudiera añadir, en el momento en el que la propia CNMV o los miembros o participantes en el mercado examinen las operaciones u órdenes de negociar. En cualquier caso, los indicios no

podrán considerarse por sí mismos constitutivos de manipulación de mercado.

2. En relación con lo dispuesto en el artículo 83 ter.1.a) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la CNMV y los operadores de mercado tendrán en cuenta, al menos, los siguientes indicios cuando examinen las operaciones u órdenes de negociar:

a) En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas representan una proporción significativa del volumen diario de operaciones del valor o instrumento financiero de que se trate en el mercado regulado correspondiente, en especial cuando las órdenes dadas o las operaciones realizadas producen un cambio significativo en el precio del instrumento financiero.

b) Si las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas por personas con una posición significativa de compra o venta en valores o instrumentos financieros producen cambios significativos en su cotización o en el precio del instrumento financiero derivado o subyacente relacionado, admitido a negociación en un mercado regulado.

c) En qué medida las operaciones realizadas, bien entre personas o entidades que actúen una por cuenta de otra, bien entre personas o entidades que actúen por cuenta de una misma persona o entidad, o bien realizadas por personas que actúen por cuenta de otra, no producen ningún cambio en el titular de la propiedad del valor o instrumento financiero, admitido a negociación en un mercado regulado.

d) Cuando las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas incluyen revocaciones de posición en un período corto y representan una proporción significativa del volumen diario de operaciones del respectivo valor o instrumento financiero en el correspondiente mercado regulado, y podrían estar asociadas con cambios significativos en el precio de un valor o instrumento financiero admitido a negociación en un mercado regulado.

e) En qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas se concentran en un período de tiempo corto en la sesión de negociación y producen un cambio de precios que se invierte posteriormente.

f) Si las órdenes de negociar dadas cambian el mejor precio de demanda u oferta de un valor o instrumento financiero admitido a cotización en un mercado regulado, o en general, la configuración de la cartera de órdenes disponible para los operadores del mercado, y se retiran antes de ser ejecutadas.

g) Cuando las órdenes de negociar se dan o las operaciones se realizan en el momento específico, o en torno a él, en el que los precios de referencia, los precios de liquidación y las valoraciones se calculan y provocan cambios en las cotizaciones que tienen un efecto en dichos precios y valoraciones.

3. A los efectos de lo dispuesto en el artículo 83 ter.1.b) de la Ley 24/1988, de 28 de julio, la CNMV y los operadores de mercado tendrán en cuenta, al menos, los siguientes indicios cuando examinen las operaciones u órdenes de negociar:

a) Si las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas por determinadas personas van precedidas o seguidas por la divulgación de información falsa o engañosa por las mismas personas u otras que tengan vinculación con ellas.

b) Si las órdenes de negociar son dadas o las operaciones realizadas por determinadas personas, antes o después de que dichas personas, u otras que tengan vinculación con ellas, elaboren o difundan análisis o recomendaciones de inversión que sean erróneas, interesadas o que pueda demostrarse que están influidas por un interés relevante.

En relación con los indicios que se pueden fijar mediante circular de la CNMV podemos citar lo ya expuesto en el capítulo relativo al abuso de mercado en cuanto a lo dispuesto el 24 de julio de 2008 la CNMV, en el marco de la llamada "*Iniciativa contra el Abuso de Mercado*" donde publico una serie de conductas relativas a operaciones sospechosas de abuso de mercado, así como una serie de indicios para detectar las mismas.

Indicios relacionados con operaciones de autocartera serían "*en qué medida las órdenes de negociar dadas o las operaciones realizadas representan una proporción significativa del volumen diario de operaciones del valor o instrumento financiero de que se trate en el mercado regulado correspondiente, en especial cuando las órdenes dadas o las operaciones realizadas producen un cambio significativo en el precio del instrumento financiero*" o "*transacciones sin otra justificación aparente que el aumento, descenso o mantenimiento del precio de un instrumento financiero. Se debe prestar especial atención a las órdenes de este que den lugar a la ejecución de transacciones cerca de un punto de referencia durante el día de mercado, por ejemplo, cerca del cierre*".

Por otra parte, el artículo 99.i) LMV tipifica como infracción muy grave "*el incumplimiento de lo dispuesto en el artículo 83 ter de la presente Ley, cuando produzca una alteración significativa de la cotización*". Constituye, pues, infracción muy grave, la que produce una alteración significativa en la cotización, esta alteración significativa constituye un concepto jurídico indeterminado y que ha de atender para concretarlo al porcentaje de la alteración del precio y a su duración en el tiempo.

CUARTO.- Es de destacar que la autocartera de Parquesol, así como el Grupo Empresarial San José realizaron sus compras en el momento de cierre del mercado en numerosas ocasiones, participando entonces y alcanzando volúmenes significativos de compras en dichas subastas, alterando así la libre formación de los precios en las subastas de cierre.

Está así acreditada la existencia de una conducta de manipulación de las acciones de Parquesol, resultado de una actuación conjunta de la propia entidad Parquesol, mediante operaciones de autocartera, y del Grupo Empresarial San José, que era el accionista de control de aquella, apreciándose un concierto de voluntades entre ambas entidades, que tuvo su desarrollo desde el 3 de septiembre al 12 de diciembre de 2007, con una mayor incidencia de la autocartera desde el 3 de septiembre al 22 de noviembre de 2007, resultando un mantenimiento de la cotización; y un segundo tramo, del 23 de

noviembre al 12 de diciembre, por la actuación del Grupo Empresarial San José, con resultado de alzas en la cotización.

De todo lo expuesto resulta que la actuación de autocartera y del propio accionista mayoritario o de control durante los periodos referidos han venido a generar una posición dominante sobre la negociación de las acciones de Parquesol, falseando la libre formación de los precios, provocando una alteración significativa en la cotización, puesta de manifiesto al tiempo que, como más arriba se ha señalado, después la autocartera realizó escasamente un 10% de las compras y el Grupo Empresarial San José también redujo su volumen comprador hasta el 35%.

Debe descartarse que las operaciones referidas, constitutivas de la infracción sancionada, se realizasen con el objetivo de proveer de liquidez a un valor de escasa profundidad. Ello no resulta del contenido de los correos electrónicos que obran en el expediente administrativo remitido a este tribunal y a los que se refiere la resolución sancionadora, entre SM (GSJ) a ME (Parquesol). Del contenido de tal correspondencia se deduce claramente la intención de las entidades referidas de mantener o de hacer subir el precio de las acciones, destacando expresiones que así lo ponen de manifiesto, tales como *"nos están dando bien con una ridiculez de títulos. Hay que ponerse las pilas"*, o bien, *"no entiendo cómo podemos estar dejando caer la acción como lo estamos haciendo (...)". El volumen es mínimo y estamos haciendo el ridículo"*, o bien, cuando en los referidos correos electrónicos se decía *"si no vamos nosotros a la CNMV, yo creo que van a venir ellos a preguntar. Con fecha de ayer hemos superado de nuevo un 1% de compras adicionales de autocartera (...)". Si la CNMV mira el volumen de compras de Parquesol desde el 2 hasta el 17 de octubre observará que Caja Madrid Bolsa ha realizado el 80.47% del volumen"*.

QUINTO.- La parte recurrente invoca el principio de personalidad de las sanciones, alegando que de existir una infracción administrativa ésta se habría cometido por una entidad distinta, porque tanto la sociedad Parquesol Inmobiliaria y Proyectos, S.A. (absorbida por el Grupo Empresarial San José) y el Grupo Empresarial San José, ambas sociedades se extinguieron como consecuencia de un procedimiento de reestructuración empresarial que culminó con la fusión por absorción de ambas sociedades. Por ello, la sociedad Grupo Empresarial San José, anteriormente denominada UDRA, S.A., tiene personalidad jurídica distinta y diferenciada de las sociedades consideradas autoras de la inflación que se les imputa.

Sin embargo, es lo cierto y averiguado que el 17 de julio de 2009 se formalizó la fusión por la que el Grupo Empresarial San José, S.A. absorbía entre otras sociedades del grupo San José, a Parquesol y GSJ, sociedades que desde referida fecha quedaron disueltas, siendo transmitidos en bloque sus respectivos patrimonios sociales a la sociedad absorbente, Grupo Empresarial San José, S.A., que sucedió universalmente en los derechos y obligaciones a aquellas. Por ello a partir de dicha fecha dejó de cotizar en las bolsas españolas Parquesol y empezó a cotizar la sociedad absorbente, Grupo Empresarial San José, S.A.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta también que al tiempo de la Comisión de las

infracciones sancionadas la actual Grupo Empresarial San José, S.A. era la sociedad matriz del grupo empresarial al que pertenecían tanto Parquesol como GSJ, participando en sus respectivos capitales sociales con porcentajes superiores al 75%, en el caso de GSJ y del 52%, en el caso de Parquesol, participación indirecta a través del referido grupo.

De conformidad con lo previsto en el artículo 233 del Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, vigente al tiempo de la fusión, en relación con lo establecido en el artículo 22 de la Ley tres/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, la fusión supone la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios y la transmisión por sucesión universal a la nueva entidad de los derechos y obligaciones de cada una de las entidades fusionadas.

Por otra parte, tratándose de derecho administrativo sancionador, resultan de aplicación, con matices, los principios del derecho penal. Y a tenor de lo establecido en el artículo 130.2 del Código Penal, tras la modificación operada por la Ley Orgánica cinco/2010, de 22 de junio, resulta evidente la idea de que en caso de fusiones y absorciones de personas jurídicas, no se extingue su responsabilidad penal, sino que se trasladará a la entidad en que se transforme o quede fusionada o absorbida. Y lo mismo sucede en el ámbito tributario, donde en los artículos 40 y 182 de la ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, se regula la transmisión de la responsabilidad en las obligaciones tributarias y, más en concreto, las resultantes de sanciones tributarias.

La administración se ha limitado a respetar las consecuencias derivadas de la fusión de entidades mercantiles, y lo contrario supondría reconocer que la mera fusión de sociedades permitiría evadir directamente la responsabilidad por las infracciones cometidas antes de la fusión, que por lo tanto quedarían impunes, lo cual resulta contrario a toda lógica. En este sentido se cita las sentencias de la Audiencia Nacional, sección primera, de 25 de octubre de 2013, JUR 2013/352467; sentencia del Tribunal Supremo, de 26 de mayo de 1994, RJ, 1994/4030; sentencia de la Audiencia Nacional, sección sexta, de 15 de abril de 2014, recurso 398/2009; sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de marzo de 2013, RJ 2013/3425; etc.

No se aprecia la existencia de arbitrariedad por parte de la Administración ya que motiva su actuación de forma extensa y razonada, recogiendo los indicios de carácter técnico que permitían apreciar, como hecho consecuencia, la existencia de una práctica de manipulación de mercado, sin que tampoco se aprecie la vulneración del principio de presunción de inocencia, en función de las pruebas reflejadas. La prueba indiciaria constituye el medio de prueba ordinario en este tipo de infracciones dada la dificultad de demostrar mediante la prueba directa la existencia de una manipulación del precio de las cotizaciones.

En consecuencia, estas alegaciones formuladas por la parte recurrente, no pueden ser acogidas.

En cuanto al principio de presunción de inocencia, que la parte recurrente considera vulnerado, también dicha alegación debe ser rechazada. Como se ha señalado más arriba, la parte recurrente ha tenido la ocasión de conocer ya conocido los cargos que se

le imputaban, habiendo tenido la ocasión de alegar y probar en su descargo, siendo en consecuencia irrelevante el hecho de que antes de la apertura o incoación del procedimiento sancionador se realizarán como diligencias previas actuaciones de investigación.

En lo relativo al principio de tipicidad, también invocado por la parte demandante, debe precisarse que de los hechos probados y a que más arriba hemos hecho referencia, resulta acreditada la existencia de una práctica tipificada en la legislación del mercado de valores como infracción muy grave, por la que ha sido sancionada -artículo 83 ter a en relación con el artículo 99 i) de la Ley del Mercado de Valores-, consistente en una manipulación del mercado con falseamiento de la libre formación de los precios y la realización de operaciones y órdenes que pueden proporcionar indicios falsos o engañosos en cuanto a la oferta, la demanda o el precio de los valores, sin que sea de apreciar excepción de antijuridicidad (los denominados 'puertos seguros') alguna.

Por todo ello hemos de concluir que la actuación administrativa objeto del presente recurso aparece debidamente motivada; siendo las sanciones impuestas proporcionadas, según resulta de los propios fundamentos de la resolución recurrida, puesto que el principio de proporcionalidad opera en la graduación de las sanciones, pero no puede ser utilizado para delimitar la concurrencia de los elementos del tipo sancionador, como pretende la recurrente, y sin que sea tampoco de apreciar la alegada ausencia de culpabilidad en la recurrente, que se formula en solicitud de una atenuación de las sanciones impuestas.

En consecuencia, siendo ajustada al ordenamiento jurídico la actuación administrativa recurrida, debe ser desestimado el presente recurso, con condena en costas a la parte actora de acuerdo con el principio del vencimiento objetivo que establece el artículo 139.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada a dicho precepto por la Ley 37/2011, de 10 de octubre.

FALLAMOS

Que **desestimamos** el presente recurso interpuesto por el **GRUPO EMPRESARIAL SAN JOSÉ, S.A. ("GESJ")**.

Condenamos a la parte recurrente al pago de las costas.

La presente sentencia es firme.

Al notificarse la presente sentencia se hará la indicación de recursos que previene el art. 248.4 de la ley orgánica 6/1985, de 1 de junio del Poder Judicial y se indicará la necesidad de constituir el depósito para recurrir así como la forma de efectuarlo de conformidad con la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ introducida por la LO 1/2009.

AUTO DE ACLARACIÓN

Madrid; a nueve de junio de dos mil dieciséis.

Presentado escrito del Procurador solicitando aclaración de sentencia, únase;

HECHOS

ÚNICO.- Con fecha 3 de mayo de 2016 se dictó sentencia, siendo notificada a las partes con fecha 3 de junio del presente año.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

ÚNICO.- Dispone el artículo 267.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que "*Los Jueces y Tribunales no podrán variar las sentencias y autos definitivos que pronuncien después de firmadas, pero si aclarar algún concepto oscuro y rectificar cualquier error material de que adolezcan*".

En el supuesto de autos, es claro el concepto oscuro identificado por lo que se procede a su aclaración.

PARTE DISPOSITIVA

La Sala Acuerda: Rectificar el concepto relativo al fallo en la sentencia dictada en el presente recurso, quedando de la siguiente manera:

Donde dice; "*La presente sentencia es firme*". **Debe decir;** "*La presente sentencia no es susceptible de recurso de casación ordinario por razón de la cuantía, sin perjuicio del recurso de casación para unificación de doctrina (art. 96 y ss. LJCA) ante el Tribunal Supremo y que se interpondrá directamente ante esta Sala sentenciadora en el plazo de TREINTA DÍAS, contados desde el siguiente a la notificación.*"

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos/Ilmas Sres./Sra. al margen citados; doy fe.