

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 22 DE FEBRERO DE 2018

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 837/2016
Ponente: Dª. Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Ministro de Economía y Competitividad, del 2 de septiembre de 2016, que confirma en alzada la Resolución del Consejo de la CNMV de 25 de marzo de 2015.
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veintidós de febrero de dos mil dieciocho.

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 837/2016**, se tramita a instancia de **CAIXABANK S.A.**, representado por el Procurador D. JSZ, y asistido por el Letrado D. ARR, contra Resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 2-9-2016, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 25-3-2015, dictada en el expediente sancionador (nº 17/2014) incoado a BANCA CÍVICA, S.A. (absorbida por CAIXABANK, S.A.) y a AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA, S.V., S.A., por infracción grave de la Ley 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

1.- La parte indicada interpuso en fecha 24/10/2016 este recurso respecto de los actos antes aludidos y, admitido a trámite, y reclamado el expediente administrativo, se entregó éste a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que hizo en tiempo, en la que realizó una exposición fáctica y la alegación de los preceptos legales que estimó aplicables, concretando su petición en el Suplico de la misma, en el que literalmente dijo: “que, tenga por presentado este escrito, con los documentos en él referidos y sus copias, se sirva admitirlos, tenga por formalizada DEMANDA DE PROCEDIMIENTO ORDINARIO contra la Resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, de fecha 2 de septiembre de 2016, en virtud de la cual, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, se acuerda desestimar el recurso de alzada presentado por CAIXABANK contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 25 de marzo de 2015, dictada en el expediente sancionador núm. 17/2014 incoado a BANCA CÍVICA, S.A. (absorbida por CAIXABANK, S.A.) y a AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA, S.V., S.A., por la que se impone una multa a CAIXABANK S.A., como sucesora en la responsabilidad declarada de BANCA CIVICA, S.A. por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100, letra w), en relación con el artículo 83 ter 1, ambos de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores, por la realización de prácticas de manipulación de mercado en relación con sus propias acciones, por importe de 150.000 euros, y, tras los trámites legales, dicte Sentencia por la que:

1. Anule la sanción impuesta a CAIXABANK por los hechos imputables exclusivamente a BC.
2. Subsidiariamente, anule la sanción impuesta por vulneración del principio de proporcionalidad, imponiendo otra en su lugar cuyo importe se adecúe a éste y a los hechos y circunstancias concurrentes, todo ello de acuerdo con lo expuesto en esta demanda.
3. En todo caso, imponga las costas a la Administración demandada.”

2.- De la demanda se dio traslado al Sr. Abogado del Estado, quien en nombre de la Administración demandada contestó en un relato fáctico y una argumentación jurídica que sirvió al mismo para concretar su oposición al recurso en el suplico de la misma, en el cual solicitó: "Que tenga por contestada la demanda deducida en el presente litigio y, previos los trámites legales, dicte sentencia por la que se desestime el presente recurso, confirmando íntegramente la resolución impugnada por ser conforme a Derecho. Con expresa imposición de costas a la parte actora".

3.- Mediante Auto de fecha 14 de marzo de 2017 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes.

Siendo el siguiente trámite el de Conclusiones, a través del cual, las partes, por su orden, concretaron sus posiciones y reiteraron sus respectivas pretensiones. Por providencia de 18 de enero de 2018 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 20 de febrero de 2018, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- 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^a Isabel García García-Blanco**.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Subsecretario de Economía y Competitividad, por delegación del Ministro de Economía y Competitividad, de 2-9-2016, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto contra la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de 25-3-2015, dictada en el expediente sancionador (nº 17/2014) incoado a BANCA CÍVICA, S.A. (absorbida por CAIXABANK, S.A.) y a AHORRO CORPORACIÓN FINANCIERA, S.V., S.A., por la que se impone una multa a CAIXABANK, como sucesora en la responsabilidad declarada de BANCA CÍVICA, S.A. por la comisión de una infracción grave tipificada en el artículo 100, letra w), en relación con el artículo 83 ter 1, ambos de la Ley 24/1998, de 28 de julio, del Mercado de Valores ("LMV"), por la realización de prácticas de manipulación de mercado en relación con sus propias acciones, por importe de CIENTO CINQUENTA MIL EUROS (150.000,00 €), hechos de diciembre 2011- enero 2012.

2.- La primera cuestión se centra en la intransmisibilidad de la responsabilidad sancionadora entre BANCA CÍVICA (en sucesivas citas BC) y CAIXABANK sustentada argumentalmente sobre las siguientes premisas:

- i. al tiempo de la comisión de la infracción por BC no existía unidad económica ni relación alguna entre BC y CAIXABANK;*
- ii. tras la absorción de BC por CAIXABANK, BC desapareció completamente, sin que quedara rastro alguno institucional u organizativo de ella en CAIXABANK, por lo que tampoco concurrió continuidad de decisión alguna; y*

iii. *la absorción tuvo un motivo económico lícito, sin que mediara fraude de ley ni abuso de Derecho, descartando plenamente la consideración de la fusión como una vía para burlar la aplicación de la normativa sancionadora.”*

Se alega en la demanda que el procedimiento sancionador se incoa a CAIXABANK casi dos años después de la absorción y extinción de BC, única autora de los hechos, y se le sanciona por unos hechos que no le son imputables en absoluto, en los que ninguna participación tuvo, ni siquiera ocasión de participar en su decisión, preparación o ejecución.

Al respecto es de señalar que con fecha 1-8-2012 se formalizó la escritura de fusión entre BANCA CÍVICA (sociedad absorbida) y CAIXABANK (sociedad absorbente), que tiene su origen en el Acuerdo de Integración entre CAIXABANK y BANCA CÍVICA adoptado con fecha 26-3-2012. La escritura pública de fusión fue inscrita en el Registro Mercantil el 3-8-2012, fecha a partir de la cual, BANCA CÍVICA se extingue, vía disolución sin liquidación, y su patrimonio se transmite en bloque a CAIXABANK, que adquiere por sucesión universal la totalidad de los derechos y obligaciones de BANCA CÍVICA.

La resolución recurrida de base, en su Fundamento de Derecho Décimo, contesta a esta cuestión en los siguientes términos:

“Pues bien, en este caso hay que traer aquí el régimen de sucesión de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas declarado por nuestra jurisprudencia, en particular, la doctrina conforme a la cual en caso de que una sociedad se disuelva como consecuencia de su integración en un proceso de fusión, es la nueva sociedad resultante de tal proceso, que recibe en bloque el patrimonio activo y pasivo de las fusionadas, la que deberá responder de los ilícitos administrativos cometidos por la disuelta.

En efecto, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la transmisibilidad de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas en caso de disolución de éstas, advirtiéndole que no puede permitirse que el infractor de una norma pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones. De este modo, resulta plenamente acorde con el Derecho punitivo, que en aquellos casos en los que la sociedad infractora extingue su personalidad y su patrimonio es trasladado a otra, esta última responda de las infracciones que la extinguida hubiera podido cometer, en proporción al patrimonio que recibe y con independencia de su participación en el ilícito.

Admitir otra tesis sería tanto como convalidar conductas fraudulentas, en la medida que cualquier sociedad podría fácilmente eludir su responsabilidad por la comisión de infracciones administrativas -ya fueran de índole urbanística, fiscal, sanitaria o, como en el presente caso, del sector financiero o del mercado de valores- mediante su decisión voluntaria de extinguir jurídicamente su personalidad, pero

manteniendo íntegro su patrimonio que sería asumido en bloque por otra sociedad constituida ad hoc, a través de la cual seguirla desarrollando el mismo negocio en el seno del cual se cometieron los ilícitos administrativos.

Interesa así destacar la radical diferencia que hay entre el régimen de sucesión de la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas y el de las personas físicas, pues en estas últimas, su muerte o fallecimiento inexorablemente conlleva la extinción de cualquier tipo de responsabilidad administrativa, la cual nunca podrá ser trasladada a su sucesor. Por el contrario, y como acaba de señalarse, en caso de que la personalidad jurídica de una sociedad se extinga como consecuencia de su integración en otra sociedad, esta última responderá de las infracciones administrativas que hubiera podido cometer la extinguida.

La diferencia entre el régimen de transmisibilidad de la responsabilidad administrativa de las personas físicas y de las personas jurídicas ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal Supremo en no pocas ocasiones, a cuyo efecto se traen a colación, entre otras, sus Sentencias de 18 de abril de 1994 (RJ1199413375), 20 de septiembre de 1996, (R.11199616787), y 14 de febrero de 2007 (RA20071851).

Así, en el Fundamento de derecho cuarto de la primera de estas Sentencias, la Sala declara que (negrita nuestra):

*"(...) el infractor de una norma no puede por su voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería si a las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudiera a través de un proceso de fusión y en concreto de absorción voluntario dejar sin efecto unas sanciones frente a las cuales pudo la absorbente formular el pertinente recurso administrativo, y el jurisdiccional que entró a conocer del fondo de la cuestión y la eximió de responsabilidad por un motivo no aducido en el asalto de demanda; **no siendo equiparable el hecho extintivo de las personas físicas que conlleva la de la responsabilidad derivada de las infracciones penales y administrativas** que no puede afectar al sucesor sin perjuicio de la responsabilidad indemnizatoria civil que si es trasladable al heredero: "Los herederos suceden al difunto por el hecho solo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones; toda vez que la extinción de una persona física da lugar a un proceso de liquidación de todas sus obligaciones o la sucesión de aquélla que se subroga en los mismos."*

En idéntico sentido se pronuncia en la segunda de las Sentencias referidas, de fecha 20 de septiembre de 1996, cuyo Fundamento de Derecho quinto determina que (negrita nuestra):

***"Ahora bien, en cualquier caso, es distinto el régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de la persona física sancionada.** En el primer caso, en el momento de la disolución el haber social responde de las sanciones (arts. 235 CCom, 277 LSA [RCL 19511811, 945 y NDL28531] y 120 LRL [RCL 1953\909, 1065 y NDL 28559]), y éstas forman parte del pasivo transmitido a los socios, 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 éstas se produce una modulación del principio derivado de la distinción conceptual entre autoría y responsabilidad, obligadas por exigencias de su propia naturaleza a actuar por medio de personas físicas y en contemplación última de intereses de éstas. Admitida, por tanto, la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo sancionador, en términos distintos de los que derivan de las exigencias de la culpabilidad penal según el principio de «societas delinquere non potest», **nada impide la transmisión de dicha responsabilidad a quienes perciben su patrimonio en proporción al mismo y con independencia de su participación en el ilícito. Y también, como ha señalado esta Sala, es acorde con los principios del derecho punitivo, el que el infractor de una norma no pueda por su sola voluntad eludir que se haga efectiva la responsabilidad, como sucedería, por ejemplo, si las personas jurídicas en el ámbito del ejercicio de sus facultades pudieran a través de un proceso de fusión, absorción, sustitución o sucesión voluntaria dejar sin efecto unas determinadas sanciones** (STS 18 abril 1994 [RJ 1994\3375]).”

Y especialmente esclarecedora, resulta para el presente caso, la última de las Sentencias del Tribunal Supremo reseñadas, de fecha 14 de febrero de 2007, en la que precisamente se aborda la cuestión de si en caso de fusión de dos entidades de crédito, la entidad resultante de la fusión debe responder de los ilícitos que hubiera podido cometer la absorbida, antes de que se produjera la integración, cuyo Fundamento de Derecho cuarto seguidamente extractamos:

“En el segundo motivo de casación se denuncia la «infracción de la jurisprudencia aplicable a la transmisión de las sanciones y de la responsabilidad del pago de las mismas con motivo de la disolución de las sociedades, tal y como resulta de las Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de abril de 1994 (RJ 1994, 3375) y 20 de septiembre de 1996 (RJ 1996. 6787) entre otras». (...)

Los problemas referidos a la asunción por el «Banco Santander Central Hispano, S.A» (entidad resultante de la absorción, por fusión, de uno en otro) de las responsabilidades sancionadoras imputables a los Bancos de Santander, por un lado, y Central Hispano, por otro, habían sido aducidos por la parte actora en su demanda.

El Banco recurrente, en el fundamento jurídico cuarto de dicho escrito abordaba aquellos problemas tanto desde la perspectiva de la proporcionalidad de la sanción (a la que dedicará en esta fase procesal el tercer motivo de su recurso de casación) como desde la naturaleza personal de la responsabilidad en el terreno sancionador. Se refería, en concreto, a la imposibilidad de que la sanción unitaria de 600.000 euros (esto es, la suma de las correspondientes a ambas entidades por separado) se impusiera cuando una de las entidades sancionadas era ya inexistente.

*La jurisprudencia invocada por el recurrente, sin embargo, va en contra de la tesis aducida en el segundo motivo, **precisamente porque aquélla niega la similitud entre las personas físicas y las jurídicas en lo que respecta a la transmisibilidad de las sanciones.** El propio Banco recurrente se ve obligado a admitir que «la razón*

última de la doctrina que se establece radica en excluir que [...] quede en manos del infractor de la norma que él mismo por su sola voluntad eluda la posibilidad de hacer el Estado efectiva su responsabilidad acudiendo al artilugio de su disolución, sea mediante fusión, absorción o de otra forma». Sostiene sin embargo que, siendo válida esta afirmación para los casos en que ya se ha impuesto la sanción —transmisibile, por lo tanto, a la persona jurídica que se subroga en la personalidad de la extinguida— o incluso en aquellos en que fuera «previsible que se imponga», no lo sería cuando la extinción se produjo antes de que se incoara el procedimiento sancionador, como aquí ocurre.

La tesis así expuesta no es la que se deduce, ni siquiera sensu contrario, de la jurisprudencia cuya infracción censura este motivo. De las dos sentencias citadas en él, la primera (de 18 de abril de 1994, recurso de apelación número 328/1991 [RJ 1994, 3375D estima precisamente el recurso interpuesto por el Abogado del Estado contra el fallo de instancia que, de modo incorrecto, había aplicado el principio de la personalidad de la pena «a las sanciones administrativas imponibles al responsable de la infracción» y excluido, indebidamente, de dichas sanciones «a las personas sucesoras de sus obligaciones»). **Esta Sala del Tribunal Supremo afirmó, por el contrario, que la sociedad absorbente había de satisfacer las sanciones pecuniarias correspondientes a la absorbida y rechazó la tesis de la demanda sobre la improcedencia de la subrogación en las consecuencias de los incumplimientos legales cometidos por la Mutua absorbida.**

En la segunda de las referidas sentencias (de 20 de septiembre de 1996, recurso de apelación número 3606/1991 [RJ 1996, 6787]) esta Sala argumentó, en términos más extensos, sobre el «distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada» respecto del aplicable a los supuestos de «muerte o fallecimiento de la persona física sancionada». Para las primeras no cabe duda de que las sanciones «forman parte del pasivo transmitido a los socios, 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». **En ningún momento se excluye de este régimen de transmisibilidad a las sanciones que, derivadas de actos cometidos antes de que la persona jurídica se extinguiera, hubieran sido impuestas después de la extinción pero precisamente en razón de tales actos, siendo imputables las consecuencias — también las económicas— de todos los actos de la sociedad extinguida a la que se subrogó en sus responsabilidades.**

No resulta, por último, convincente que tras admitirse en el motivo la asunción por parte del «Banco Santander Central Hispano, S.A.» de las sanciones que, aun no impuestas en el momento de la absorción, fueran entonces «previsibles», niegue este carácter a la de autos. No se puede hacer depender la transmisibilidad de aquéllas del conocimiento subjetivo de unos u otros hechos que tuviera la entidad absorbente, ni de la mayor o menor «previsibilidad» de la decisión administrativa ulterior ni de que en el referido momento existiera sólo una denuncia (como en efecto ocurría) o se hubiera incoado formalmente el expediente sancionador. **Que la sanción fuera más o menos previsible en el momento de «establecer el equilibrio financiero de la fusión**

determinante de la contraprestación a pagar a los accionistas de la sociedad absorbida» es algo que podrá tener incidencia en otros ámbitos pero no, desde luego, en las relaciones verticales entre la Administración y las entidades sujetas a su potestad sancionadora.

Si, en definitiva, 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, no hay por qué restringirlas a las que derivaran tan sólo de un expediente ya abierto, como contingencia previsible al hacer la liquidación de la Sociedad.”

Como se ve, esta Sentencia se pronuncia sobre la imposición de sanciones a una entidad bancaria, resultante de la fusión de dos entidades preexistentes, por las infracciones cometidas por estas últimas, reconociéndose la transmisibilidad de la responsabilidad administrativa incluso previamente a la declaración de dicha responsabilidad, es decir, cuando la disolución de la persona jurídica infractora se produce con anterioridad incluso a la imposición de la sanción o, también, a la propia incoación del expediente sancionador en cuyo ámbito hayan de determinarse, en su caso, tales sanciones.

Adicionalmente, prueba de la radical diferencia que existe entre la transmisibilidad de la responsabilidad por la comisión de ilícitos en el caso de personas físicas y de personas jurídicas, lo es la regulación que respecto de la responsabilidad de estas últimas, se lleva a cabo en la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal cuya entrada en vigor se produjo el 23 de diciembre. En efecto, reconocida con esta reforma la capacidad de las personas jurídicas para ser sujetos penalmente responsables de los delitos cometidos en el ejercicio de sus actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, expresamente se regulan los efectos que sobre tal responsabilidad podría tener la extinción de su personalidad jurídica Y a tal efecto introduce un apartado 2 en el artículo 130 del Código Penal, a tenor del cual *“la transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión”*.

Pero es que, además y contestando a una alegación de CAIXABANK según la cual sostiene que es doctrina jurisprudencial la "intransmisibilidad de la responsabilidad sancionadora" a la entidad resultante de una fusión, por una infracción cometida por la entidad absorbida con anterioridad a que dicha fusión sea efectiva, basándose en una Sentencia del Tribunal Supremo dictada en el ámbito tributario con fecha 5 de junio de 2013, debe aclararse aquí que la legislación tributaria se ha ido desarrollando en el mismo sentido que la legislación penal, distinguiéndose desde la entrada en vigor de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (en adelante, LGT), dentro del concepto de "obligados tributarios", a los sucesores de las personas físicas y las personas jurídicas, y regulándose en ella los efectos que sobre la responsabilidad sancionadora podría tener tanto la muerte de una persona

física, como la extinción de una persona jurídica. Así, recogemos a continuación, en lo que aquí se refiere, los artículos 39 y 40 de la LGT, cuya versión actual sería la misma de aplicación desde su entrada en vigor (negrita y subrayado nuestro):

“Artículo 39 Sucesores de personas físicas

1. A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia.

*Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alícuota. **En ningún caso se transmitirán las sanciones.** Tampoco se transmitirá la obligación del responsable salvo que se hubiera notificado el acuerdo de derivación de responsabilidad antes del fallecimiento.*

(...).

Artículo 40 Sucesores de personas jurídicas (...). “(...) 3. En los supuestos de extinción o disolución sin liquidación de sociedades y entidades con personalidad jurídica, las obligaciones tributarias pendientes de las mismas se transmitirán a las personas o entidades que sucedan o que sean beneficiarias de la correspondiente operación. Esta norma también será aplicable a cualquier supuesto de cesión global del activo y pasivo de una sociedad y entidad con personalidad jurídica. (...)”

5. ***Las sanciones que pudieran proceder por las infracciones cometidas por las sociedades y entidades a las que se refiere este artículo serán exigibles a los sucesores de las mismas en los términos establecidos en los apartados anteriores y, en su caso, hasta el límite del valor determinado conforme a lo dispuesto en el apartado 1 de este artículo (...).***

En consecuencia con lo hasta aquí dicho, debe concluirse que, con motivo de la fusión antes citada, la responsabilidad por la infracción cometida se trasladó a la entidad resultante de ésta, CAIXABANK.

Por fin, es de resaltar que lo expuesto viene a ser confirmado por la reciente Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1ª, de fecha 25 de octubre de 2013 (JUR 2013/352467), en materia de protección de datos, que con cita de la anteriormente expuesta Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de septiembre de 1996, recoge en sus Fundamentos la doctrina de éste sobre la capacidad infractora de las personas jurídicas y sobre el: “*distinto régimen de transmisibilidad de las sanciones administrativas en el supuesto de disolución de la persona jurídica sancionada que cuando se trata de la muerte o fallecimiento de la persona jurídica sancionada*”, para continuar y concluir con que “*Así las cosas, el 14 de septiembre de 2011 Caja de Ahorros de Vigo Ourense y Pontevedra constituyó NCG BANCO,S.A., que ha sucedido a dicha Caja a título universal, ipso iure y por imperio de la*

ley, en todas las relaciones jurídicas, activos, pasivos, derechos y obligaciones y expectativas que integraban el patrimonio de la Caixa de Ahorros de Vigo, Ourense y Pontevedra, por lo que al tratarse la parte recurrente (NCG BANCO) de una persona jurídica constituida, entre otras, por la Caja de Ahorros de Galicia, al que se le imputan los hechos sancionados, la sanción que se le impone por dichos hechos no vulnera el artículo 25 de la Constitución". (...)»

En las alegaciones formuladas a la Propuesta de Resolución, la representación de CAIXABANK insiste en que no es posible sostener la transmisión de responsabilidad entre BANCA CIVICA y CAIXABANK, indicando que en relación con los pronunciamientos judiciales citados para afirmada, no resulta procedente extender su doctrina jurídica al caso, dado que la fusión de BANCA CIVICA por CAIXABANK no es comparable y guarda diferencias esenciales con los supuestos de fusión a que aquellas se refieren. En la de este caso - se afirma - se da una desaparición completa y en todas las manifestaciones posibles de BANCA CIVICA tras la fusión, que no se da en los casos de las sentencias del Tribunal Supremo y de la Audiencia Nacional antes citadas, añadiendo que la doctrina contenida en las sentencias citadas en su escrito de alegaciones al Pliego de Cargos (Sentencias de la Sección 6a de la Sala de lo Contencioso- Administrativo de la Audiencia Nacional de 9 de diciembre de 2013 -OPA de Banco Popular sobre Banco Pastor-y de 15 de abril de 2014 - absorción de Argentaria por BBV) es la correcta y la aplicable al caso actual.

Al respecto caben dos consideraciones en contrario, Primera y centrándonos en la sentencia más relevante a los efectos de la cuestión controvertida — la del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2007 — como se hace en alegaciones, lo cierto es que de lo en ella expuesto no resulta en absoluto una doctrina que discrimine entre supuestos diferentes de fusión entre sociedades para afirmar, o no, la transmisión de responsabilidad entre ellas atendiendo a cada caso. Segunda, en relación con la doctrina que se dice resulta de dos sentencias de la Audiencia Nacional, de 9 de diciembre de 2013 y 15 de abril de 2014, se considera que es aplicable lo que resulta de las sentencias del Tribunal Supremo antes citadas — y, especialmente, la de 14 de febrero de 2007 - sin que conste que la más alta instancia jurisdiccional haya variado la doctrina sobre la transmisión de responsabilidad en el derecho administrativo sancionador. Es la jurisprudencia del Tribunal Supremo y no la llamada menor la que, sin ser fuente del Derecho, complementa el ordenamiento jurídico tal y como se recoge en el artículo 1.7 del Código Civil."

A lo ya dicho reiteradamente en vía administrativa y transcrito en su literalidad en los párrafos antecedentes, que da completa y cumplida respuesta a la cuestión suscitada en las alegaciones mantenidas de la parte actora, y que resulta plenamente compartido por este Tribunal, añadiremos lo ya dicho por esta Sala y Sección en su sentencia de fecha 3-5-2016 (Rec. 2046/2013), FJ 5, en un caso base de una sanción de la CNMV por infracción muy grave consistente 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, en la parte recurrente también invocaba el principio de personalidad de las sanciones, alegando que la infracción administrativa se habría cometido por una

entidad distinta y extinta como consecuencia de un procedimiento de reestructuración empresarial que culminó con la fusión por absorción.

<<“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 3/2009, 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 5/2010, 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.">>.

Los argumentos son plenamente trasvasables al caso con independencia de que los hechos sobre los que se sustenta la sanción administrativa sean anteriores a la escritura de fusión, resultando indiferente al caso, vista la normativa citada, la situación de control político resultante de la fusión pues, resumidamente, con la fusión todos los derechos y obligaciones de BC, la unidad de negocio, se han transmitido a CAIXABANK y dados los principios rectores de responsabilidad en sucesión de personas jurídicas que no vienen marcados por la culpabilidad en la infracción.

El propio acuerdo de fusión recoge de manera expresa: "...la fusión se articulará mediante la absorción de Banca Cívica (sociedad absorbida) por CAIXABANK (sociedad absorbente), con extinción vía disolución sin liquidación, de la primera y transmisión en bloque de todo su patrimonio a la segunda, que adquirirá, por sucesión universal, la totalidad de derechos y obligaciones de Banca Cívica".

Citaremos finalmente las sentencias, dos, del TS de 15-3-2017 (Rec. Casación 4213/2014 y 2078/2014), en particular la segunda de ellas en cuanto a que se refiere a una sanción impuesta por la CNMV a una entidad bancaria en un proceso de fusión por absorción, y en cuyo FJ 3 se recoge lo siguiente:

<<"En el fondo, la cuestión que aquí se suscita es la de la posible transmisibilidad del reproche sancionador a la empresa resultante de un proceso de fusión o absorción, cuando el ilícito imputado ha sido cometido por una empresa que ha sido fusionada o absorbida y por ello ha dejado de existir como tal. La cuestión controvertida se centra precisamente en determinar si la entidad resultante del proceso de fusión o absorción sucede en la responsabilidad punitiva y por ende ha de asumir y cargar con el reproche sancionador derivado de la conducta de la entidad preexistente.

Pues bien, esta es una cuestión que ha sido ya abordada, en sus líneas generales, por la jurisprudencia de esta Sala, singularmente en la sentencia de 16 de diciembre de 2015

(RC. 1973/2014), en la que declaramos que «el criterio que debe prevalecer a la hora de depurar las responsabilidades de carácter económico en la sucesión de empresas es la de la permanencia de una entidad económica y empresarial o, dicho en otros términos, la identidad substancial entre las empresas sucesivas. La modulación de los principios de culpabilidad y responsabilidad dependerá de que se constate una quiebra parcial de continuidad económica y empresarial entre las empresas sucesivas, pero no necesariamente por el mero hecho de que haya habido una reorganización, un cambio de nominación o la adquisición de la empresa por otra, esto es, por un cambio de titularidad. Otra cosa conduciría, como aduce con razón el Abogado del Estado, a la elusión discrecional de responsabilidades por parte de una sociedad mercantil procediendo a cualquiera de las citadas modificaciones».

Coherentemente, declara esta sentencia, en relación con el caso entonces examinado, que la adquisición de una empresa por otra no supone por sí mismo ninguna modulación en los principios de culpabilidad y responsabilidad en la medida en que la entidad resultante constituya la misma unidad económica y empresarial que antes de su adquisición; sin que a ello obste el cambio de denominación, la reorganización interna o incluso el cambio de forma jurídica, modificaciones derivadas del cambio de titularidad pero que no afectan a su responsabilidad como tal empresa por la conducta desarrollada hasta ese momento. Más aún, añade esta misma sentencia que el cambio en el comportamiento de la empresa, tras la adquisición de la anterior, sin duda tiene relevancia como elemento de modulación de su responsabilidad que ha de ser valorada en tanto circunstancia atenuante de la misma por la actuación anterior -como efectivamente lo ha sido-, pero ello no significa que la empresa no haya incurrido en su etapa anterior en las conductas anticompetitivas sancionadas.

Esta doctrina impone, pues, necesariamente una ponderación casuística y circunstanciada de cada proceso de sucesión empresarial, a fin de valorar si en el caso examinado se da esa continuidad empresarial material, por encima del dato formal del cambio de personificación jurídica, que permite afirmar la persistencia del reproche sancionador.

Pues bien, en este caso existe un dato que resalta la sentencia de instancia, ahora combatida en casación, en su fundamento jurídico noveno: que el proceso de fusión que analizamos fue realmente un proceso de absorción, de modo que la entidad BBV absorbió a Argentaria. Señala, así, la sentencia que “en la nueva entidad, BBVA, debe entenderse que BBV ocupaba un lugar primordial por ser la entidad absorbente, manteniéndose en la misma unidad económica y de decisión”; y añade la sentencia a continuación que la recurrente no ha desvirtuado este dato, pudiendo y debiendo haberlo hecho con arreglo a las reglas sobre carga de la prueba, de forma que no se ha aportado ninguna prueba suficiente de que BBV, como entidad absorbente, no ocupa un lugar primordial en la nueva entidad BBVA.

Esta constatación -que en cuanto ligada a la apreciación de las circunstancias fácticas concurrentes difícilmente puede ser rebatida en casación- justifica la persistencia del reproche sancionador por encima del cambio formal de la personificación societaria, y frente a él no se ha desarrollado en casación una argumentación útil que permita

rebatirlo; pues *no se trata de que nos hallemos ante una traslación objetiva, mecánica y acrítica, del reproche sancionador de una persona jurídica a otra -que sería contrario a los principios de personalidad y culpabilidad- sino de que la entidad resultante es, en este sentido, continuadora de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado.*">> (sic con el añadido del subrayado).

Es por ello, que lo relevante es que la entidad resultante sea continuadora de la que en su día cometió los hechos por los que se le ha sancionado lo que ha sucedido en el caso examinado en la medida que el negocio financiero en cuyo seno se han producido las infracciones legales se ha transmitido en bloque a la entidad demandante (criterio seguido también en la sentencia de esta Sala y Sección de fecha 4-10-2017, Rec. 242/2015, aunque en el marco de un proceso de segregación).

3.- Por último, de forma subsidiaria se defiende una reducción de las sanciones defendiendo que la sanción es injusta y desproporcionada porque se ha sancionado a quién ninguna participación tuvo en la comisión de la infracción *"al ser la sancionada otra persona jurídica distinta de la autora de los hechos, que nada tuvo que ver con BC en el momento de su comisión y de la que no ha quedado rastro alguno en la absorbente, CAIXABANK y con base a ello interesa que "la cuantía de la sanción debe reducirse sensiblemente, no debiendo superar en ningún caso el tercio inferior de los TRESCIENTOS MIL EUR OS (300.000,00 euros) que la CNMV toma como referencia ex artículo 103 de la Ley del Mercado de Valores para este caso y, dentro de este tercio inferior, lo mínimo posible."* (Sic).

Como circunstancias para avalar la modulación de la sanción se alegan las siguientes:

- 1.- La ausencia de responsabilidad de CAIXABANK en la producción de los hechos sancionados.
- 2.- Naturaleza y gravedad de la infracción: la gravedad de los hechos en sí mismos considerados es escasa y los efectos sobre el mercado son insignificantes.
- 3.- Ausencia de beneficio: No se ha deducido beneficio económico para BC en esta operativa con la autocartera, ya que se mantuvo hasta la integración en CAIXABANK.
- 4.- La operativa de BC no ha producido daño alguno a terceros ni, por supuesto, al mercado en general. *"Más bien al contrario, la operativa de BC apoyó el buen funcionamiento del mercado, procurando la liquidez que una acción tan "joven" como ésta precisaba en un momento financiero general y particular tan complicado."*
- 5.- Mejora inmediata de la operativa.
- 6.- Colaboración con la CNMV.
- 7.- Implantación de las medidas y controles de CAIXABANK para evitar prácticas de abuso de mercado en la operativa de autocartera.
- 8.- Tiempo transcurrido desde los hechos y la apertura del expediente sancionador.

En la resolución sancionadora se motiva sobradamente la entidad de la sanción impuesta – multa- y su cuantía, siendo a este último extremo al que limita el recurrente su argumentación:

“De entre las sanciones previstas por el artículo transcrito, y atendiendo a la naturaleza de las infracciones y de los infractores, resulta adecuada la imposición de multa recogida en la letra a) del artículo 103 de la LMV por lo que se refiere a las dos infracciones graves antes señaladas, toda vez que el resto de sanciones están previstas para infracciones o infractores de otra naturaleza o para supuestos de especial gravedad que aquí no se aprecian.

De acuerdo con las reglas que para su cálculo recoge el citado artículo 103 de la LMV, en el caso de **BANCA CIVICA** la multa podría ser por importe máximo de **hasta 55.029 miles de euros** - 2% de los recursos propios de BANCA CÍVICA a fecha 31 de diciembre de 2011, que eran de 2.751.464 miles de euros (...).

Por lo que se refiere a la concreta fijación de las cuantías de las multas dentro de sus parámetros posibles, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad consagrado en el artículo 131 de la LRJPAC según el cual “(...) *en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:*

- a) *La existencia de intencionalidad o reiteración.*
- b) *La naturaleza de los perjuicios causados.*
- c) *La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.*

Los anteriores criterios se complementan, para el específico supuesto de las infracciones que se cometan en el ordenamiento de las relaciones en el mercado de valores, con los criterios contenidos en el artículo 106 ter de la LMV, y que son:

- a) *La naturaleza y entidad de la infracción.*
- b) *La gravedad del peligro ocasionado o del perjuicio causado.*
- c) *Las ganancias obtenidas, en su caso, como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción.*
- d) *La importancia de la entidad correspondiente, medida en función del importe total de su balance.*
- e) *Las consecuencias desfavorables de los hechos para el Sistema Financiero o la Economía Nacional.*
- f) *La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.*
- g) *La reparación de los daños o perjuicios causados.*
- h) *La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la misma haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados.*

En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.

La conducta anterior de la entidad en relación con las normas de ordenación y disciplina que le afecten, atendiendo a las sanciones firmes que le hubieran sido impuestas, durante los últimos cinco años” (...).

Pues bien, en lo que se refiere a BANCA CÍVICA (absorbida luego por CAIXABANK), no se aprecian hechos o circunstancias de mayor gravedad o entidad que aconsejen reforzar el reproche disciplinario, diferentes a las ya consideradas para la calificación de la infracción como grave. No obstante, al concurrir en la comisión de la presente infracción la forma más grave de las posibles modalidades del elemento subjetivo del injusto, al apreciarse que medió dolo directo, esta circunstancia debe tenerse en cuenta para reforzar el reproche disciplinario de la infracción. También procede considerar como circunstancia que aconseja atemperar este reproche el que no ha sido nunca sancionada con anterioridad por la vulneración de normas de ordenación y disciplina del mercado de valores. El resto de circunstancias previstas en la norma o no han concurrido o no tienen incidencia en los hechos objeto de reproche.

En consecuencia, todo ello aconseja imponer la multa en su tercio inferior y parámetros menores, aun con cierta relevancia económica disuasoria de futuros incumplimientos. Con estas multas y su publicación se cumple, como se reconoce por la mejor doctrina, la finalidad represiva que debe tener un expediente disciplinario, en el que la sanción es la justa y legítima consecuencia de conductas reprobables, así como su finalidad preventiva, que pretende evitar situaciones como las analizadas en el expediente y su repetición en el futuro, tanto en la entidades expedientadas como en el resto de sujetos que actúan u operan en el mercado de valores, al tiempo que, con ellas, no se afecta a la solvencia, estabilidad financiera o viabilidad de la entidad infractora o responsable. **Es decir, multa por importe de 150.000 euros.**

Contestando en este punto a lo alegado a la Propuesta de Resolución por la representación de CAIXABANK sobre lo injusto y desproporcionado de esta sanción, habida cuenta que se impone a una persona jurídica (CAIXABANK) distinta de la autora (BANCA CÍVICA), debe señalarse que dicha circunstancia o cuestión no ha de considerarse para la elección de la sanción a imponer, entre las posibles, y su graduación, sin que ello suponga vulneración del principio de proporcionalidad o afecte al ejercicio de esta naturaleza aquí realizado. Esta circunstancia podría tener incidencia en la apreciación de la cuestión de la transmisibilidad de la responsabilidad entre personas jurídicas y, en consecuencia, del alcance en este caso del principio de personalidad de las sanciones (lo que antes se analizó), pero no viene recogida en la normativa de aplicación como criterio de dosimetría punitiva. (...)

Conviene tener presente que la recurrente no ha cuestionado ni la realidad de los hechos ni su calificación jurídica en su consideración como infracción grave por la realización de prácticas de manipulación de mercado mediante la autocartera y en cuanto a la modulación de la sanción con referencia a la injusticia vinculada al hecho de su ausencia de responsabilidad por no participación en los hechos realizados exclusivamente a BC, ha

de estarse a lo ya dicho en el fundamento jurídico antecedente.

La entidad de los hechos ha de valorarse en el contexto de los que resultan probados y que han conducido a su encuadramiento como infracción grave, calificación no cuestionada de contrario. A tal efecto, en la resolución se recoge:

“Sexto.- Consideraciones finales y conclusiones de la UVM. En base a los hechos y actuaciones relacionadas previamente, la UVM llega a las siguientes consideraciones y conclusiones de orden técnico:

a) Respecto a BANCA CÍVICA.

Nos encontramos con las operaciones realizadas por BANCA CIVICA sobre su autocartera en diciembre de 2011 y enero de 2012.

El análisis realizado en el presente informe trata de determinar la adecuación de dicha operativa a la normativa sobre abuso de mercado. La actuación para la autocartera en el mercado debe perseguir siempre como objetivo el aumentar la liquidez del valor y la regularidad de su cotización, y este mecanismo no debería empañar el ordenado funcionamiento del mercado.

En el análisis realizado en las sesiones de diciembre de 2011 y enero de 2012 se observan sin embargo elementos que permiten determinar que se ha producido un efecto artificial en el precio:

- En los análisis de volatilidad de este periodo se observa que la volatilidad se reduce ostensiblemente en relación a los meses anteriores y posteriores.
- En los gráficos de tendencias se observa cómo el valor venía en el periodo inmediatamente anterior de una tendencia bajista, entrando en este periodo en una tendencia lateral, de la que sale en el periodo siguiente, entrando otra vez en un canal bajista.
- Entre el 1 de diciembre de 2011 y el 24 de enero de 2012 (fechas en las que opera BANCA CÍVICA) no se producen variables exógenos como hechos relevantes, noticias ni informes de analistas que justifiquen este cambio de la cotización del valor en diciembre y enero en el que se plasma una contención de la caída del valor.

A partir del 16 de febrero de 2012 se firma un contrato de liquidez entre BANCA CÍVICA y ACF, sujeto a la Circular 3/2007. A finales de enero cesa la presencia compradora de BANCA CÍVICA en el mercado. Es precisamente en este momento cuando el valor vuelve a fluctuar con normalidad presentando significativamente mayores volatilidades que durante diciembre de 2011 y el resto de enero de 2012.

En diciembre de 2011 y enero de 2012 la presencia compradora de BANCA CÍVICA en las sesiones en las que participa, alcanza niveles muy significativos en relación al resto de los agentes operantes en el mercado, especialmente en la sesión abierta y en la subasta de cierre.

Por una parte, se ha analizado la **operativa de BANCA CÍVICA en el mercado de órdenes durante la sesión abierta**. A este respecto se ha observado que las operaciones de BANCA CÍVICA representan un porcentaje significativo sobre el volumen negociado en el mercado de órdenes, sin considerar las operaciones efectuadas en el mercado de bloques.

En diciembre de 2011 y enero de 2012 la presencia compradora de BANCA CÍVICA acapara volúmenes importantes, especialmente en la sesión abierta. En diciembre ha acaparado por encima del 25% de la negociación en 14 sesiones, superando el 50% en 4 sesiones.

Analizando las sesiones de forma individual, interesa resaltar lo observado en las sesiones de 2, 5, 6, 13, 21, 22, 27, 29 y 30 de diciembre de 2011, y 2, 4, 6, 20, 23 y 24 de enero de 2012, en el sentido de que las compras de BANCA CÍVICA cuyas ejecuciones han producido cambios al alza en el precio representan volúmenes significativos, en algunos casos por encima del 50%, del total de compras negociadas en el mercado durante el periodo abierto que también han generado subidas de precio. En este sentido, los precios del periodo abierto de estas sesiones, o se han apreciado con respecto a los que se venían presentando en la subasta de apertura, o bien han atenuado la caída.

Por lo tanto, la presencia de BANCA CÍVICA en el periodo abierto de estas sesiones descritas, dado el volumen tan significativo de negociación acaparado sobre el del resto de agentes, se puede considerar que le permite a BANCA CÍVICA asegurarse una posición dominante sobre la demanda del valor y, por lo tanto, afecta la libre formación de los precios en este periodo de la sesión.

Por lo que respecta a las **operaciones de BANCA CÍVICA ejecutadas durante la subasta de cierre** en diciembre de 2011 y enero de 2012, aunque consideradas individualmente no hacen mover el precio ostensiblemente durante el periodo de la subasta, hay que efectuar una serie de precisiones sobre la operativa de la autocartera en este periodo de la sesión.

En primer lugar, el volumen de estas operaciones es relevante puesto que, en todas las sesiones en las que participa en la subasta de cierre, entre el 1 de diciembre de 2011 y el 24 de enero de 2012 (83% de las sesiones) acapara con sus compras más del 25% negociado en esas subastas. En diciembre de 2011 ocurre que en 12 de las 78 sesiones en que BANCA CÍVICA opera acapara más del 75% del volumen negociado en la subasta llegando en 3 de ellas a porcentajes cercanos o iguales al 700%. Y en enero de 2012 ocurre que en las 12 sesiones en que participa, supera en 75% del volumen negociado en 5 sesiones y en 3 sesiones acapara porcentajes cercanos al 700%. De manera que BANCA CÍVICA ostenta una clara posición de dominio en la compra durante la subasta de cierre y, como consecuencia de ello, el precio de la subasta no se ha formado libremente por la concurrencia de los diferentes agentes del mercado.

En segundo lugar, la operativa realizada por BANCA CÍVICA en lo que respecta a la introducción de un número elevado de órdenes en la subasta de cierre, especialmente cuando el precio de equilibrio es inferior al de las órdenes de BANCA CÍVICA, no es la operativa idónea para dar liquidez al mercado pero si tiene un efecto sobre el precio de equilibrio, elevándolo por encima del último precio cruzado en el periodo abierto o, al menos, atenuando su caída.

Por lo que respecta a su influencia sobre el precio de la subasta de cierre, si bien su incremento no es muy significativo desde un punto de vista cuantitativo, sí lo es desde un punto de vista cualitativo, En los casos observados en los que la presencia de BANCA CÍVICA durante la subasta de cierre acapara más de un 75% sobre el total de acciones negociadas en la subasta se observa que:

- El precio de la acción venía cayendo, ya sea al inicio o al final del periodo abierto de la sesión. Lo que podría explicar la presencia tan significativa de BANCA CÍVICA precisamente en éstas y no en otras sesiones.
- En la mayoría de estas subastas, tras la intervención de BANCA CÍVICA, el precio de la subasta de cierre, o invierte la tendencia mostrada en el periodo abierto apreciándose en lugar de depreciarse como ocurría en abierto, o en caso de no poder invertir la tendencia bajista sí se observa que atenúa significativamente dicha bajada de precio.

Por lo tanto, la potencia que tienen las órdenes de BANCA CÍVICA de este volumen significativo en relación con el volumen negociado en ese momento se manifiesta finalmente en cambios o atenuaciones de la tendencia bajista que venía presentando la acción en el periodo abierto de la negociación.

Adicionalmente, las operaciones contratadas por BANCA CÍVICA no responden a ninguna realidad económica, ni siquiera la de ofrecer liquidez al mercado, puesto que en subasta de cierre habitualmente se negocian porcentajes poco significativos en relación con los volúmenes negociados durante la sesión. Y es en estas sesiones en que interviene BANCA CÍVICA cuando los volúmenes aumentan, precisamente por la presencia de BANCA CÍVICA.

Por otra parte, tanto el análisis de las cotizaciones y las correspondientes volatilidades de periodos anteriores y posteriores a este periodo en que aumenta la presencia de BANCA CÍVICA atestiguan que el valor mostraba antes y después una clara tendencia bajista (salvando las escasas sesiones de enero en las que se produjeron noticias sobre operaciones corporativas en las que podría verse implicada BANCA CÍVICA). De manera que su tendencia natural era bajista y, en el momento en que se potencia la intervención de BANCA CÍVICA comprando para su autocartera, esta tendencia se paraliza generando tanto una tendencia lateral como una reducción importante de su volatilidad.

Por último, la intención de BANCA CÍVICA con sus operaciones, no sólo en las subastas de cierre sino en toda la sesión, es la de mantener el precio de la acción, reduciendo la caída natural de su cotización que se habría producido caso de no

haber intervenido BANCA CÍVICA. Y esta intención aparece claramente plasmada de las conversaciones telefónicas grabadas que se mantienen entre el operador de ACF y el responsable de la autocartera de BANCA CÍVICA.

La responsabilidad de la introducción de las acciones de compra durante la subasta de cierre es plenamente achacable a BANCA CÍVICA, puesto que las conversaciones o se mantienen durante el momento temporal en que tiene lugar la subasta, o si se mantienen segundos antes no permiten su introducción en ningún otro momento que no sea el periodo de la propia subasta.

En definitiva, la operativa desarrollada por BANCA CÍVICA durante las subastas de cierre falsea la libre formación de los precios, al tomar una posición de dominio que impide que esos precios se formen por la participación de terceros independientes de la propia sociedad. Y tiene como resultado provocar alteraciones en el precio, aunque poco significativas, durante el periodo de subasta de cierre (...)."

Teniendo en cuenta el rango en el la ley que permite moverse para concretar la multa ex art. **103 de la LMV**, en la redacción vigente en el momento de los hechos y sin que haya problemas de retroactividad "in bonus", (*"Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cifras: el doble del beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción; el 2 por ciento de los recursos propios de la entidad infractora, el 2 por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción, o 300.000 euros."*), de cara a valorar la concreta entidad de la sanción finalmente impuesta (150.000 €), ha de considerarse una multa atemperada teniendo en cuenta que el límite inferior vendría determinado por la prevista para las infracciones leves (30.000 € ex art. 104 de la LMV), y la multa impuesta aunque no esté impuesta en la cuantía mínima posible, si habláramos de tercios, se mueve en el tercio inferior del rango sancionador posible. Cuantitativamente, visto el rango a manejar, la multa resulta muy, muy atemperada viendo cual es el límite al que remite el 2% de los fondos propios, cifra a tener en consideración al ser notoriamente superior a los 300.000 € que la demanda tiene como punto de partida.

Por lo que respecta a la entidad de los hechos, al margen de su calificación como graves, ya hemos visto que la actuación de BC en el mercado bursátil durante los meses de diciembre de 2011 y enero de 2012, tanto en el periodo abierto como en la subasta de cierre, en lo que concierne a su autocartera fue de notoria entidad y, además, manifiestamente significativa en sus efectos sobre el precio de la acción que, más allá de la concreta cuantía que ello supuso al valor cotizado, vino a romper, de forma artificiosa, la mantenida tendencia bajista. Se trata de una tendenciosa alteración del valor de cotización de los títulos de BC que ataca frontalmente la necesaria transparencia y regularidad del mercado en beneficio de todos los que en él operan.

En cuanto a la supuesta colaboración no fue "*motu proprio*" sino como consecuencia del sometimiento a la actividad supervisora del organismo regulador y se produjo en contestación de los concretos requerimientos que le fueron efectuados, aunque esto ocurra antes del inicio del procedimiento sancionador. De no haber colaborado en dicha forma hubiese incurrido, además, en otra infracción administrativa por obstaculización.

En lo que respecta a la mejora en las prácticas seguidas en relación con la autocartera por parte de BC es lo mínimo que puede exigirse al sujeto infractor (que cese) y además en este caso ni siquiera se debieron a una decisión autónoma y espontánea del sujeto infractor sino que vino impuesta por la suspensión de la cotización de sus títulos acordada por la CNMV el 26-1-2012 y que determinó que la gestora decidiera no operar con la autocartera de BC hasta que no se firmara un contrato de liquidez, contrato que se firma el 16-2-2012. De otro lado, el que la hoy recurrente, responsable por sucesión universal derivada de la fusión, haya adoptado medidas propias para evitar abusos del mercado en la operativa con su autocartera es totalmente irrelevante al caso y de indudable conveniencia e interés propio en cuanto a lo que pueda servir para no ser sancionada por hechos similares.

Por último, en cuanto al tiempo transcurrido desde que se comete la infracción (diciembre 2011 enero 2012) hasta que se incoa el procedimiento sancionador (abril 2014), dos años y dos meses (no *"casi tres años"* como se viene a decir la demanda), no puede tener la transcendencia reclamada ya que, en lo vuelto a argumentar acerca de que durante ese lapsus se produce la extinción plena, desaparición jurídica, económica y organizativa de BC, por causa de su absorción por CAIXABANK, hemos de remitirnos, nuevamente, a lo ya dicho en la presente. Además, no es una de las circunstancias de graduación normativamente previstas, la infracción no estaba prescrita y ni siquiera hubo falta de diligencia en la persecución de los hechos ya que la recurrente viene a desconocer la previa inspección y supervisión que, en relación a los hechos sancionados, se realiza por el regulador, que no puede ignorar fácticamente ya que la inspección por parte de la UVM se llevó a cabo con CAIXABANK (la escritura de fusión es de 1-8-2012) y la existencia de trámites previos ineludibles como el informe de la UVM y el dictamen de legalidad.

El recurso ha de desestimarse.

4.-. De conformidad con el art. 139-1 de la LRJCA de 13 de julio de 1998, en la redacción posterior a la reforma operada por la Ley 37/2011 de 10 de octubre, en materia de costas rige el principio del vencimiento de tal manera que las costas se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones sin que sea apreciar que el caso presentara serias dudas de hecho o de derecho.

FALLO

En atención a lo expuesto la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha decidido:

DESESTIMAR el recurso contencioso administrativo interpuesto por la representación procesal de **CAIXABANK S.A.** contra la resolución del Ministerio de Justicia a que las presentes actuaciones se contraen, y **confirmar** la resolución impugnada por su **conformidad** a Derecho.

Con imposición de costas al recurrente.

Atendiendo a la reforma operada por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, la presente es susceptible de RECURSO DE CASACIÓN que habrá de prepararse ante esta Sala en el plazo de TREINTA DÍAS a contar desde el siguiente al de la notificación y que podrá ser admitido a trámite si presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia en los términos que se determinan en el art. 88 de la LJCA, lo que habrá de fundamentarse específicamente, con singular referencia al caso, en el escrito de preparación que, además, deberá cumplir con los requisitos que al efecto marca el art. 89 de la LJCA y cumplir con las especificaciones que al efecto se recogen en el Acuerdo de 19 de mayo de 2016, del Consejo General del Poder Judicial, por el que se publica el Acuerdo de 20 de abril de 2016, de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, sobre la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas de los escritos procesales referidos al Recurso de Casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo (BOE 6-7-2016).

Con la notificación de la presente se le participa que el TS ha acordado (AUTO 1- 3-2017) que, con arreglo a la previsión contenida en el artículo 89.2.c) LJCA, en supuestos de incongruencia omisiva de la sentencia que se pretende combatir, los recurrentes en casación, como presupuesto de procedibilidad, y antes de promover el recurso han de intentar la subsanación de la falta por el trámite de los artículos 267-5 LOPJ y 215-2 LEC. En caso contrario el recurso podrá ser inadmitido en ese concreto motivo.

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.

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