

SENTENCIA DE LA AUDIENCIA NACIONAL DE 20 DE JUNIO DE 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª

Recurso nº.: 447/2018
Ponente: D.ª Isabel García García-Blanco
Acto impugnado: Resolución del Consejo de la CNMV de 17 de abril de 2018
Fallo: Desestimatorio

Madrid, a veinte de junio de dos mil diecinueve.

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 447/2018**, se tramita a instancia de **D. JGP**, representado por la Procuradora D^a. SCM, y asistido por la Letrado D^a. CVO, contra Resolución del Consejo de la CNMV de fecha 17-4-2018, adoptada en el procedimiento sancionador N^o 7/2017 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 24/5/2018 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, teniendo por presentado este escrito con sus copias, por devuelto el expediente administrativo y por formulada la demanda en el recurso contencioso administrativo de referencia se sirva a admitirlo junto con los documentos que se acompañan; y en su virtud, previa la tramitación que legalmente corresponda, dicte sentencia por la que, estimando totalmente el mismo, declare nula, por no ser ajustada a Derecho, la Resolución del Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de fecha 17 de abril de 2018, adoptada en el procedimiento sancionador incoado contra D. JGP, por la que se impuso una sanción de multa por importe de 280.000 euros por la comisión de una infracción muy grave tipificada en el artículo 99 letra i), en relación con el artículo 83 ter 1, de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (artículo 282.5, en relación con el artículo 231.1 del texto refundido de la Ley del Mercado de valores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), y se proceda al reintegro a D. JGP de la cuantía pagada en virtud del artículo 85 de la LPAC, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas".

2.- De la demanda se dió 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." .

3.- Mediante Auto de fecha 17 de octubre de 2018 se denegó el recibimiento del recurso a prueba, no siendo recurrido por las partes. Por providencia de 23 de mayo de 2019 se hizo señalamiento para votación y fallo el día 18 de junio de 2019, en que efectivamente se deliberó y votó.

4.- En el presente recurso contencioso-administrativo no se han quebrantado las formas 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 JURIDICOS

1.- En el presente recurso se impugna la resolución del Consejo de la CNMV de fecha 17-4-2018, adoptada en el procedimiento sancionador N^o 7/2017 incoado contra D. JGP, por la que se dispuso:

"Imponer a D. JGP, por la comisión de una infracción muy grave de las tipificadas en el artículo 99, letra i), en relación con el artículo 83 ter 1, de la Ley 24//988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, (artículo 282.5, en relación con el artículo 231.1, del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre), por la realización de prácticas de manipulación de mercado en relación con las acciones de varias sociedades cotizadas en el año 2015, una MULTA por importe de 280,000 euros (DOSCIENTOS OCHENTA MIL EUROS),

Aplicar, a efectos del pago y con carácter definitivo, la reducción por pago voluntario señalada en la propuesta de resolución, quedando condicionada su efectividad hasta la constatación de que no se ha interpuesto recurso administrativo dentro del plazo legalmente previsto para ello."

Es de señalar, que formulada la propuesta de resolución por los instructores el 9-2-2008 y tras su traslado al recurrente, con fecha 6-3-2018, se presentó escrito suscrito por la representación del expedientado manifestando, conforme al artículo 85 de la LPC, su intención de proceder al pago voluntario de la multa propuesta, aplicándose a efectos de pago una reducción del 20% respecto de su importe, y solicitando a tal efecto se le remitiera el documento de ingreso correspondiente.

Mediante Diligencia de fecha 12-3-2018, los Instructores del expediente remitieron a la representación del expedientado el documento de pago solicitado (modelo 069) para el ingreso del importe de la multa con una reducción del 20%, es decir, por importe de 224.000 €.

Con fecha 15-3-2018, fue recibida en la CNMV e incorporada al expediente copia del documento de ingreso.

2.- VULNERACIÓN DE LAS NORMAS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR. DETERMINACIÓN DE LA SANCIÓN AB INITIO.

Este motivo se articula en la demanda sobre la base de que: "(...) se cuestiona por esta parte es que la concreción de sanción a imponer e incluso el importe exacto, se hay producido al inicio del expediente administrativo sancionador (en el propio Acuerdo de Incoación), cuando ni siquiera se ha abierto la fase de instrucción en donde se procede a un análisis de los hechos cuestionados y de las pruebas aportadas, así como a recabar más pruebas en caso necesario y a la debida valoración de las mismas.

Y no solo eso, sino que dicha sanción e importe concreto es idéntico con el que, tras esa fase de instrucción, se propone por los instructores (...)" (sic).

En el caso de autos, en el acuerdo de incoación además del nombramiento de los instructores, de la relación de hechos, de la calificación de los mismos como infracción muy grave y de indicar que "Con la información actual, a la citada conducta puede corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción," una concreta multa, se venía a indicar:

"El presunto responsable puede reconocer su responsabilidad y/o proceder al pago voluntario con los efectos previstos en el artículo 85 de la Ley 3912015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, aplicándose reducciones en cada caso de un 20% del importe de las sanciones antes referidas. El reconocimiento únicamente dará lugar a la resolución automática del procedimiento y consiguiente reducción, si es total e incondicionado y se produce dentro del plazo para alegaciones al presente acuerdo. A efectos de proceder al pago voluntario, deberá solicitarse la emisión del documento correspondiente ante la Secretaría General de la CNMV".

La propuesta de resolución era coincidente en calificación y sanción propuesta con el acuerdo de incoación y venía a indicar:

"Conforme al artículo 85 de la LPC, podrá igualmente procederse al pago voluntario una vez notificada la Propuesta de Resolución y en cualquier momento anterior a que se dicte la resolución sancionadora, dando ello lugar a la terminación del procedimiento mediante resolución de la CNMV, aplicándose en este caso, a efectos de pago, una reducción del 20% respecto del importe de la sanción propuesta. El pago voluntario implicará el desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

En el caso de optar por el pago voluntario, se le remitirá por 105 Instructores el documento de ingreso emitido por la Secretaría General, al domicilio correspondiente a efecto de notificaciones. Una vez realizado el pago, deberá remitir copia acreditativa del ingreso de la sanción a 105 Instructores del procedimiento"

El **art. 64.2 de la LPAC 39/2015** viene a determinar, en cuanto al contenido mínimo del acuerdo de incoación del expediente sancionador, que:

"El acuerdo de iniciación deberá contener al menos:

- *a) Identificación de la persona o personas presuntamente responsables.*
- ***b) Los hechos que motivan la incoación del procedimiento, su posible calificación y las sanciones que pudieran corresponder, sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción.***
- *c) Identificación del instructor y, en su caso, Secretario del procedimiento, con expresa indicación del régimen de recusación de los mismos.*
- *d) Órgano competente para la resolución del procedimiento y norma que le atribuya tal competencia, **indicando la posibilidad de que el presunto responsable pueda reconocer voluntariamente su responsabilidad, con los efectos previstos en el artículo 85.***
- *e) Medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante el mismo de conformidad con el artículo 56.*

- f) *Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.*

3. *Excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos que motivan la incoación del procedimiento, la citada calificación podrá realizarse en una fase posterior mediante la elaboración de un Pliego de cargos, que deberá ser notificado a los interesados."*

En concordancia con dicho precepto que como vemos se exige la constancia en el acuerdo de incoación de la calificación de los hechos y de las posibles sanciones a imponer, así como de informar, ya de inicio, de la posibilidad que implica el pago voluntario y las reducciones que permite aplicar, esto es, tanto la del 20% por reconocimiento de responsabilidad como la del 20% por pago voluntario.

No en vano el **art. 85.2 de la LPAC** viene a determinar que:

"2. Cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario o bien quepa imponer una sanción pecuniaria y otra de carácter no pecuniario pero se ha justificado la improcedencia de la segunda, el pago voluntario por el presunto responsable, en cualquier momento anterior a la resolución, implicará la terminación del procedimiento, salvo en lo relativo a la reposición de la situación alterada o a la determinación de la indemnización por los daños y perjuicios causados por la comisión de la infracción.

3. En ambos casos, cuando la sanción tenga únicamente carácter pecuniario, el órgano competente para resolver el procedimiento aplicará reducciones de, al menos, el 20 % sobre el importe de la sanción propuesta, siendo éstos acumulables entre sí. Las citadas reducciones, deberán estar determinadas en la notificación de iniciación del procedimiento y su efectividad estará condicionada al desistimiento o renuncia de cualquier acción o recurso en vía administrativa contra la sanción.

El porcentaje de reducción previsto en este apartado podrá ser incrementado reglamentariamente."

No existe por tanto impedimento legal alguno para que el acuerdo de incoación contenga una concreción inicial y provisional de la sanción/es que pueda/n aparejar los hechos investigados dentro de las previstas normativamente, lo que no implica merma derechos del expedientado pues ello se hace *"sin perjuicio de lo que resulte de la instrucción"*, cabiendo incluso una agravación posterior respecto a la sanción inicialmente propuesta por el acuerdo de incoación dentro de la horquilla de las legalmente previstas y siempre que, en este caso, se dé nueva audiencia del expedientado (art. 90.2 de la LPAC), y, esta concreción inicial y provisional, en aras a la celeridad y eficacia en el obrar administrativo, viene a permitir el pago voluntario desde el mismo momento del inicio ya que la norma remite a cualquier momento anterior a la resolución con las consecuencias beneficiosas para el expedientado en la reducción del importe. No hay base legal alguna para entender que la concreción de la sanción y el juego del pago voluntario no puedan producirse hasta la propuesta de resolución tras la correspondiente instrucción.

El motivo ha de desestimarse.

3.- TERCERO. SOBRE LA TIPIFICACIÓN DE LA INFRACCIÓN IMPUTADA. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD POR INEXISTENCIA DE LOS ELEMENTOS DEL TIPO.

Resumidamente, se viene a defender que la actuación del Sr. G no puede ser subsumida, en ninguno de los tipos previstos en la regulación aplicable en materia de manipulación de mercado ya que a pesar de que las normas que tipifican las conductas de manipulación de mercado se configuran como infracciones de peligro abstracto en las que basta con la realización de la conducta para su tipificación sin necesidad por tanto de que se produzca una lesión real y/o efectiva del bien jurídico cuya protección se pretende, resulta necesario, conforme a los principios básicos del Derecho Penal, que con esta conducta en concreto se genere un riesgo, al menos potencial, de lesión del bien jurídico protegido. En consecuencia, no concurriendo los elementos esenciales del tipo, no procede la imposición de sanción siendo que la CNMV, en su Resolución, no ha delimitado con claridad el tipo infractor, al menos en los términos que resultan exigibles, de modo que se ha limitado a citar varias disposiciones legales y reglamentarias sin efectuar el encaje de los hechos imputados en una de las conductas concretas que legalmente constituyen un supuesto de manipulación de mercado. A juicio de la demanda, la Resolución impugnada se limita a citar el artículo 231.1 del TRLMV sin especificar el encaje de los hechos imputados en alguno o algunos de los supuestos de hecho contemplados en la norma lo que provoca una clara incertidumbre en el administrado imposibilitando conocer con exactitud la calificación de los hechos imputados y, con ello, generándose una manifiesta indefensión. Se defiende que el Sr. G no pretendía con su operativa ejercer una posición dominante en la negociación de las sesiones referidas, el único de los supuestos descritos que, por descarte dada la imposibilidad manifiesta de los demás, podría resultar aplicable, sería el previsto en la letra (a) del artículo 231.1 del TRLMV y que el aseguramiento del precio a un nivel anormal o artificial al que se refiere el inciso segundo de la letra (a) transcrito, requiere, atendiendo a un razonamiento lógico-jurídico objetivo, un cambio significativo en la cotización de las acciones como consecuencia de las órdenes dadas para la consecución de dicho aseguramiento, circunstancia esta que no se aprecia respecto de las acciones de QUABIT, CODERE y AMPER ni siquiera en las cuatro sesiones en las que a juicio de la CNMV se produjo una alteración en la cotización de los valores y que en ningún momento el Sr. G pretendió asegurar (para él o para el Grupo familiar) una posición dominante respecto de cada uno de los valores determinados. Al contrario, la finalidad por él perseguida, y conocida por el resto de integrantes del Grupo familiar como consecuencia de reuniones/conversaciones familiares, se circunscribía única y exclusivamente a restaurar las pérdidas patrimoniales sufridas con carácter previo.

Igualmente, se viene a decir que se ha vulnerado el principio de tipicidad al subsumir los hechos imputados en el artículo 282.5 del TRLMV como infracción muy grave.

Lo primero que hay que señalar al respecto es que la resolución sancionadora es terminante al identificar el tipo sancionador aplicado:

"(...) habría quedado acreditado que el expedientado observó una conducta de manipulación de mercado operativa, mediante el empleo de órdenes y operaciones idóneas para dar indicios falsos o engañosos sobre la demanda y precio de las acciones afectadas y dirigidas a formar un precio anormal o artificial (al no estar basadas en un interés legítimo de inversión, sino al objeto de incrementar la cotización para su beneficio como resultado de órdenes por volúmenes elevados, precios crecientes y concentradas en periodos concretos o cortos de la sesión), y el empleo en ocasiones también con esta finalidad de órdenes u operaciones que emplean dispositivos ficticios (al incurrir en transacciones aparentes o simuladas). Es decir, una conducta de manipulación de mercado que encaja en las citadas letras a) y b)."

Y todo ello, dentro de unos hechos ampliamente descritos por referencia a los dos informes de la UVM y valorados en relación a la normativa aplicable al caso en lo que supone un abuso de mercado por manipulación del mismo.

No existe por tanto indefensión alguna por inconcreción del tipo sancionador aplicado: **art. 99 i) en relación con el art. 83 ter.1 de la LMV 24/1988** (posteriores art. 282.5 en relación con el art 231.1 a) y b) del TRLMV RD Legislativo 4/2015, que tras la reforma operada por el RDL 19/2018 de 23 de noviembre, pasa al art. 282.15 del TRLMV con relación al art. 15 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre abuso de mercado).

En la base de la sanción impuesta está una práctica de manipulación de mercado.

Según el **art. 83 ter.1 de la LMV 24/1988**:

*"1. 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**. Como tales se entenderán las siguientes:*

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.

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".

b) Operaciones u órdenes que empleen dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño o maquinación."

En términos similares el posterior art. art 231.1 a) y b) del TRLMV:

"1. 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. Como tales se entenderán las siguientes:

a) Las operaciones u órdenes:

1.º 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.

2.º 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.

b) Operaciones u órdenes que empleen dispositivos ficticios o cualquier otra forma de engaño o maquinación."

En la normativa actualmente vigente, en la acción típica, se parte del art. 15 del Reglamento (UE) n.º 596/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, que de manera simple y terminante viene a disponer:

"Ninguna persona manipulará o intentará manipular el mercado."

En desarrollo del art. 83 ter de la LMV, se dictó el **Real Decreto 1333/2005**, de 11 de noviembre (RD de abuso de mercado, actualmente derogado en virtud del RD 1464/2018 de 21 de diciembre), en cuyo **art. 2** se disponía que:

"1. Se considerarán prácticas que falsean la libre formación de los precios, es decir, que constituyen manipulación de mercado, a los efectos del artículo 83 ter de la Ley 24/1988, de 28 de julio, entre otros, los siguientes comportamientos:

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.

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.

c) Aprovecharse del acceso ocasional o periódico a los medios de comunicación tradicionales o electrónicos exponiendo una opinión sobre un valor o instrumento financiero o, de modo indirecto sobre su emisor, después de haber tomado posiciones sobre ese valor o instrumento financiero y haberse beneficiado, por lo tanto, de las repercusiones de la opinión expresada sobre el precio de dicho valor o instrumento financiero, sin haber comunicado simultáneamente ese conflicto de intereses a la opinión pública de manera adecuada y efectiva. En el caso de los periodistas que actúen o título profesional les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 83 ter. 1.c) de la Ley 24/1988, de 28 de julio.

Por otro lado, **el art. 3 de dicho RD 1333/2005**, en su apartado 2, venía a señalar que:

"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 significativo 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 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 los 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.

La acción típica remite a la creación de una artificiosidad en el mercado que induzca o pueda inducir a terceros a una información errónea acerca de la oferta, la demanda o el precio. Estamos, de base, ante un ilícito de mera actividad o de riesgo abstracto.

Basta la potencialidad en la distorsión del mercado ya que no exige que estas prácticas de manipulación desemboquen en la existencia de un resultado efectivo representado en una efectiva y significativa alteración en la cotización del valor, que de concurrir (supuesto ya examinado por esta Sala y Sección en su sentencia de 26-4-2016, Rec. 2046/2013), algo que como veremos que ocurre en el caso de autos, remite a la infracción muy grave del art. 99 i) de la LMV (posterior art. 282.5 del TRLMV y actual art. 282.15 del TRLMV) frente a la infracción grave del art. 100 w) de la LMV (supuesto ya examinado por esta Sala y Sección en su sentencia de 10-5-2018, Rec. 889/2016) (posterior art. 291.4 del TRLMV y actual art. 295.13 del TRLMV)

Habría de verse por tanto si los hechos acreditados con base a las actuaciones de la UVM son encuadrables en el tipo de prácticas de manipulación de mercado en cuanto vengan a integrar una conducta idónea para dar indicios falsos o engañosos sobre la demanda, oferta y/o precio de las acciones afectadas como dirigida a formar un precio anormal o artificial.

Los hechos parten de la actuación de D. JGP, hoy recurrente, en la negociación de las acciones de las sociedades QUABIT INMOBILIARIA, SA y CODERE SA, en los meses de abril y mayo de 2015, así como de la sociedad AMPER, SA durante los meses de noviembre y diciembre de 2015, mediante órdenes y operaciones dadas a su propio nombre y órdenes y operaciones dadas por él en nombre y representación de una

entidad y dos personas físicas a él vinculados: DISTIPLA5 FLOORS SL, sociedad de la que es Director General su hermano – D. MGP - y su padre, D. JGR.

En total, la práctica manipuladora se detecta en 15 sesiones (en 4 de ellas con una alteración significativa de la cotización):

QUABIT: días 23, 24 Y 30 de abril de 2015;

CODERE: días 1,8 Y 16 de abril de 2015, días 13, 18, 25 Y 26 de mayo de 2015;

AMPER: días 18, 24 Y 25 de noviembre de 2015, días 2 y 31 de diciembre de 2015

Analizando la operativa seguida con estos valores en dichas sesiones se comprueba que:

“El elemento común de la operativa de estos titulares es que dan pocas órdenes pero de volúmenes elevados siendo estas, principalmente en el caso de las compras órdenes a precios crecientes que hacen subir el precio de la acción, hecho que es aprovechado por alguno de los titulares analizados para deshacer la posición obteniendo beneficios.

Recurrentemente, las órdenes se dan de tal forma que siguen una secuencia y normalmente, cuando terminan las órdenes o nombre de uno de los titulares comienzan las del otro. Adicionalmente, en algunas ocasiones se dan tanto órdenes de compra como de venta, de similares características en cuanto a precio y volumen, que o bien coinciden en el tiempo o se suceden con milisegundos de diferencia, de tal forma que tienen lugar numerosas operaciones en las que tanto el titular comprador como el vendedor son miembros del Grupo familiar analizado. En ocasiones, se da incluso el caso de que el titular comprador y vendedor sea el mismo.

Dada la secuencia de órdenes para estos titulares y la estrategia conjunta que muestran, no puede sino concluirse que responden o una concertación entre los titulares, que actúan como una unidad de decisión. De acuerdo a las propias manifestaciones de JIGM, la decisión de inversión y desinversión parte en todas las operaciones de un único decisor. JIGM expone en la toma de declaración, que es él el que tomó las decisiones de inversión tanto para las operaciones realizadas a su nombre como para las hechas a nombre del resto de los integrantes del Grupo G, esto es, DISTIPLAS, su hermano MGM y su padre JMGM. Manifiesta que las inversiones se hacen de acuerdo con ellos, siendo él quien introduce todas las órdenes en el mercado

(...)

El análisis de las órdenes del Grupo muestra que las mismas se dan siguiendo una estrategia conjunta de tal forma que las mismas se suceden en el tiempo. Se trata de órdenes generalmente de gran volumen siendo las de compra, generalmente, a precios iguales o superiores a la mejor posición de venta de tal forma que, o bien se ejecutan inmediatamente o bien barren posiciones elevando el precio de cruce sobre la posición anterior y situando las mejores posiciones del carné en precios más elevados.

Las operaciones del Grupo suelen tener lugar durante un periodo concreto de la sesión generando periodos de repunte del precio y provocando en muchas ocasiones cambios de tendencia claros en la evolución del precio de las acciones influyendo de forma significativa en la formación de los precios.

En ocasiones, casi al mismo tiempo o con pocos segundos de diferencia se da una orden para uno de los titulares y otra de sentido contrario y características similares en cuanto a precio y volumen para otro de los integrantes del Grupo de tal forma que las ejecuciones se cruzan, elevando primero el precio de la acción.

Resulta especialmente significativa la sesión del día 31 de diciembre en el valor AMPER en la que, cercano al cierre, se da una orden de compra y venta por un volumen muy

significativo al mismo precio que se cruzan en el mercado de tal forma que no hay cambio de titularidad de las acciones y al tiempo, está operativa, cambia la tendencia de la cotización, generando un incremento del precio.

Mediante esta estrategia las órdenes del grupo familiar provocan incrementos del precio de las acciones durante los periodos de tiempo que intervienen, que en ocasiones modifican una tendencia anterior a la baja. Asimismo, en algunas de las sesiones la tendencia alcista provocada por las operaciones del Grupo G revierte en el momento en el que dejan de operar.

Adicionalmente, del análisis realizado se desprende que normalmente las operaciones de compra a precios más bajos se realizan a nombre de JIGM (decisor y ejecutor de la operativa de todo el Grupo) para, a continuación subir el precio de la acción en parte con operaciones suyas pero normalmente con las operaciones realizadas a nombre de los demás integrantes del Grupo, principalmente a nombre de DISTIPLAS, que si bien se quedan con posición recurrentemente, se ha observado que en general los precios medios de compra son superiores a los de venta”.

Resulta igualmente acreditado, ya que ninguno de los porcentajes ha sido expresamente demostrado en su carácter erróneo (véase al efecto el informe técnico complementario de la UVM evacuado en el periodo de prueba abierto por los instructores a resulta de las alegaciones al acuerdo de incoación), que:

“En las sesiones analizadas de los distintos valores la operativa del Grupo G representa un porcentaje significativo sobre el volumen negociado siendo especialmente relevante en CODERE (en las sesiones analizadas acaparan más del 40% de lo negociado llegando a ser responsables de más del 50% en varias de las sesiones) y en AMPER, con porcentajes superiores al 30% en todas las sesiones analizadas.

En todas las sesiones analizadas existen operaciones en las que el titular comprador y vendedor es un miembro del Grupo familiar, siendo además relevante que las operaciones que se cruzan entre miembros del Grupo representan porcentajes muy significativos sobre el total comprado y vendido por los titulares analizados. Generalmente, las operaciones se cruzan entre los titulares personas físicas y DISTIPLAS.

Adicionalmente, en algunas de las sesiones hoy operaciones en las que el titular comprador y vendedor es el mismo. Esto sucede:

- *En la sesión del día 8 de abril de 2015 en el valor CODERE en la que tanto DISTIPLAS como JMGM tienen una operación en la que aparecen a la compra y a la venta.*
- *En la sesión del 13 de mayo de CODERE en la que DISTIPLAS vuelve a aparecer a la compra y a la venta en una operación.*
- *Sesiones del 18 y 24 de noviembre en AMPER en las que nuevamente DISTIPLAS aparece a la compra y a la venta de una operación en cada una.*
- *Sesión del 31 de diciembre de AMPER, especialmente significativa ya que se trata de la última sesión del año en la que DISTIPLAS aparece tanto a la compra como a la venta en tres operaciones de tal forma que el 38% del volumen comprado y el 79% del vendido por este titular son las citadas operaciones”*

En el caso de autos estamos, manifiestamente, ante un claro supuesto de manipulación de mercado operativa, plasmada en la actuación concertada bajo la decisión única del recurrente en el uso de diversas personas físicas y jurídicas como operadores singularizados en la compraventa/venta de concretos valores, que da una apariencia engañosa de pluralidad cuando se trata una única operativa preordenada y articulada en un conjunto de órdenes de similares características en cuanto a precio y volumen, caracterizadas por su escaso número, su volumen elevado, su implementación

secuencial y su actuación en momentos puntuales (la mayoría de las operaciones tienen lugar en aproximadamente 10 minutos), práctica con la que se logra incrementar el precio e incluso cambiar tendencias en la cotización del valor, moviendo volúmenes que, además, le suponían una posición de dominio.

Con esta práctica el recurrente buscaba, y logró, comprar a precios bajos, influir al alza en el precio de las acciones apoyándose en órdenes a precios crecientes dadas dentro del grupo, para seguidamente deshacer inmediatamente la posición inicial obteniendo los oportunos beneficios en su cuenta individual, beneficios cuantificados en el informe de la UVM en 128.292 € (por ejemplo en las operaciones realizadas a nombre de DISTIPLAS, los precios de las operaciones de compra eran mayores que los de las operaciones de venta lo que evidencia que se utilizaba estas órdenes con el fin de subir el precio de la acción, para vender obteniendo una ganancia, incluso con otro titular del Grupo como contrapartida).

En la práctica descrita hay algo más y claramente distinto del que opera en el mercado buscando la obtención de un beneficio en el libre funcionamiento del mismo por la libre y natural concurrencia de oferta y demanda plural de terceros.

La propia resolución sancionadora es prolija al describir tradicionales prácticas reconocidas de manipulación de mercado en las que encaja la operativa seguida por el recurrente:

*"En este ejercicio de tipicidad de la conducta de JIGM, hay que traer a colación el antes citado Documento 04/S0Sb de CESR que, en lo que aquí interesa, recoge como ejemplo de práctica idónea de manipulación de mercado, a través de transacciones que implican dispositivos ficticios o engaños, **la práctica de pump and dump**, que "consiste en tomar una posición larga sobre un valor y a continuación aumentar la actividad de compra y/o la difusión de información positiva engañosa acerca del valor con vistas a aumentar su precio. Los demás operadores del mercado resultan engañados por el efecto resultante del precio y se ven atraídos a comprar el valor. Después el manipulador vende a un precio inflado".*

*Del mismo modo, el documento recoge como ejemplo de práctica de manipulación de mercado, a través de transacciones falsas o engañosas, **la realización de transacciones aparentes o simuladas (wash trades)**, práctica que "consiste en establecer acuerdos para la venta o la compra de un instrumento financiero cuando no hay ningún cambio en los derechos especiales ni en el riesgo de mercado, o bien cuando la transferencia de derechos especiales o del riesgo de mercado se realiza solo entre partes que actúan de forma concertada o en connivencia".*

Esta práctica o conducta consistente en la "simulación de operaciones" engloba, por tanto, a todas aquellas que conllevan una transmisión aparente o fiduciaria de la propiedad de un valor negociable o instrumento financiero pero no de su propiedad real, susceptibles de crear una falsa apariencia de actividad en el mercado, es decir, una falsa apariencia respecto a la demanda u oferta existente, así como, en su caso, respecto al precio. También a las operaciones cruzadas (matched orders), operaciones en las que quien transmite una determinada orden de compra sobre un determinado instrumento financiero transmite simultáneamente una orden de venta sobre el instrumento financiero por un importe igual o similar, susceptibles de crear también ante el mercado una falsa apariencia con relación al nivel de demanda real existente y estimular la cotización al alza".

En cuanto a la remisión a la aplicación de la infracción muy grave viene determinada por la constatación de que la práctica manipuladora desembocó en *“una alteración significativa de la cotización”* (expresión coincidente en el art. 99 i) de la LMV, en el posterior art. 282.5 del TRLMV y en el actualmente vigente art. 282.15). Estamos ante un concepto jurídico indeterminado al que ha de darse contenido atendiendo a las circunstancias concretas de caso y que ha de atender para concretarlo, al porcentaje de la alteración del precio y a su duración en el tiempo. (Sentencia de esta Sala y Sección de 7-4-2016 Rec. 1856/2013)

En el caso de autos la alteración de la cotización al alza es evidente y no en vano éste y no otro era el efecto buscado en la operativa diseñada. Y en cuanto a si esta alteración tuvo o la nota de relevancia que exige la norma, en el Informe razonado de la UVM se afirma, sin que se haya acreditado lo contrario, que: *“(…) en cuatro de estas sesiones (23 de abril en QUABIT, 16 de abril en CODERE y 18 de noviembre y 31 de diciembre en AMPER) el efecto provocado supone un incremento artificial de la cotización superior al 10%, por lo que resulta significativo, en especial en la última sesión del año en AMPER, en que el incremento asciende al 15%.”*

Estos porcentajes superiores al 10% y que incluso llegan al 15% en el incremento artificioso de la cotización, durante cuatro sesiones, unidos a la pluralidad de títulos sobre los que se operó que hacía más opaca la manipulación del mercado que se estaba llevando a cabo (en los casos jurisprudencialmente citados por el recurrente la Sala confirmó la calificación jurídica de la CNMV y se puede apreciar que en ambos la operativa se desarrolló sobre un solo valor concreto) y al volumen de negociación que se alcanzó respecto a los valores sobre los que se actuó determinantes de una posición de dominio, dan más que sobrada cobertura a la exigencia legal para calificar los hechos de autos como constitutivos de infracción muy grave.

4.- CUARTO. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Se viene a afirmar la falta de dolo e, incluso de la culpa consciente por la propia actuación del demandante en su absoluto desconocimiento de los mercados, los límites aplicados por el Supervisor, así como las actuaciones o consecuencias que se derivan de su actuación y prueba de ello es el resultado final de esta operativa la generación con unas pérdidas totales de más de 2,3 millones de euros.

De partida es un hecho aceptado en la demanda que *“en su conjunto en las quince sesiones analizadas el Grupo familiar obtuvo unas ganancias de 617,01 euros”* no cuestionándose el concreto del quantum del beneficio para el hoy recurrente.

La culpabilidad en el tipo sancionador aplicado permite el dolo y la culpa.

La S. TS de 3-3-2003 (Recurso Núm.: 6481/1997) viene a señalar:

<<“Cierta es que tal precepto (artículo 99 i) de la LMV tipifica como infracción muy grave el desarrollo de prácticas dirigidas a falsear la libre formación de los precios en el mercado de valores». Pero tal tenor literal, y más en concreto el vocablo «dirigidas»; a) no impide, desde luego, apreciar aquella infracción en presencia de cualesquiera de las clases

de «dolo» conocidas en la dogmática penal, ni, por tanto, en presencia de un dolo eventual, en el que, siendo otra la finalidad última perseguida, el autor se representa como cierta la producción del resultado prohibido en la norma y lo acepta; y b) ni tampoco debe impedirlo en presencia de una culpa consciente, en la que el autor, por la idoneidad objetiva de las prácticas para producir aquel resultado, es consciente de la probabilidad de su producción y no renuncia, pese a ello, a su realización, en la esperanza de que el resultado no llegue a producirse.">>

En contra de lo afirmado, la propia operativa, en la acción concertada en el uso de personas físicas y jurídicas ajenas al actor, y en la forma de actuar demuestra una actuación dolosa que no meramente negligente en la práctica manipuladora del mercado en búsqueda de un beneficio personal.

En cuanto al desconocimiento de los mercados en el concreto de los títulos sobre los que operaba ya a propia resolución sancionadora viene a recoger:

"(...) Los datos de sesiones anteriores son datos públicos a los que cualquier inversor tiene acceso por lo que puede conocer el volumen de las sesiones previas para ver si sus órdenes son de gran volumen o no en relación con lo negociado con anterioridad, así como ser consciente, una vez terminadas las sesiones, de cuánto ha comprado o vendido en relación con el resto de los inversores.

Las operaciones las realiza a través de internet en dos intermediarios diferentes. En el momento en el que se van a dar las órdenes las distintas aplicaciones de los intermediarios financieros ofrecen información que sirve de referencia a los inversores con el fin de que puedan dar las órdenes. Adicionalmente, en distintas webs de acceso público hay información sobre las ejecuciones si bien, en estos casos, la información puede llevar algún retraso.

Durante la toma de declaración realizada a JIGM él mismo manifiesta lo siguiente:

"Creo que normalmente veo las primeras posiciones compradoras o vendedoras y el último precio de ejecución. A veces miro por Invertia pero no sé si la información es en tiempo real".

Si, como él mismo indica ve las mejores posiciones compradoras y vendedoras y el precio de la última ejecución es claro que conoce la situación del mercado en el momento de dar las órdenes así como el precio de cruce de las operaciones previas"

5.- QUINTO. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

En la demanda se rechaza el importe que ha servido de base para la determinación de la multa, esto es, las ganancias obtenida por el demandante como consecuencia de esta operativa, 128.292 euros en lugar de considerar como referencia el importe total obtenido por el Grupo familiar (617,01 euros) dado que la propia Administración demandada afirma que se ha actuado en unidad de decisión.

Por otro lado se considera en la demanda que el importe de la sanción de impuesta, 280.000 €, resulta excesivo al caso y ello porque aun estando en el tramo inferior del importe máximo posible de 641.000 €, se encuentra en la parte superior del tramo, lo que no resulta considera congruente con la entidad de la infracción teniendo en cuenta las circunstancias atenuantes que entendemos concurren en este supuesto de hecho:

- (i) la ausencia de consecuencias desfavorables para terceros y/o la economía nacional o para el sistema financiero,
- (ii) la ausencia de intencionalidad,
- (iii) la ausencia de gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado,
- (iv) la irrelevancia de las ganancias obtenidas en atención a las pérdidas sufridas por el infractor, que posteriormente se tratarán.

De conformidad con el art. 302 de la TRLMV al que remite la resolución recurrida:

“Por la comisión de infracciones muy graves se impondrá al infractor una o más de las siguientes sanciones:

1. Multa por importe de hasta la mayor de las siguientes cantidades:

- El quíntuplo del beneficio bruto obtenido o de la pérdida evitada como consecuencia de los actos u omisiones en que consista la infracción

- el cinco por ciento de los recursos propios de la entidad infractora

- el cinco por ciento de los fondos totales, propios o ajenos, utilizados en la infracción

- el diez por ciento del volumen de negocios total anual de la entidad infractora, según las últimas cuentas disponibles aprobadas por el órgano de administración. Si la entidad infractora es una matriz o filial de la empresa matriz que tenga que elaborar estados financieros consolidados, el volumen de negocios total anual aplicable será el que figure en los últimos estados financieros consolidados disponibles;

- 5.000.000 de euros.

(...)”

En cuanto a los criterios de graduación el art. 310 del TRLMV viene a señalar:

“1. Las sanciones aplicables en cada caso por la comisión de infracciones muy graves, graves o leves se determinarán conforme a los criterios recogidos en el artículo 29.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, y los siguientes:

- *a) La naturaleza y entidad de la infracción.*
- *b) El grado de responsabilidad de la persona física o jurídica responsable de la infracción.*
- *c) La solidez financiera de la persona física o jurídica responsable de la infracción reflejada, entre otros elementos objetivables, en el volumen de negocios total de la persona jurídica responsable o en los ingresos anuales y activos netos de la persona física.*
- *d) La gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado.*
- *e) Las pérdidas causadas a terceros por la infracción.*
- *f) Las ganancias obtenidas o, en su caso, las pérdidas evitadas como consecuencia de los actos u omisiones constitutivos de la infracción, en la medida en que puedan determinarse.*
- *g) Las consecuencias desfavorables de los hechos para el sistema financiero o la economía nacional.*
- *h) La circunstancia de haber procedido a la subsanación de la infracción por propia iniciativa.*
- *i) La reparación de los daños o perjuicios causados.*
- *j) La colaboración con la Comisión Nacional del Mercado de Valores, siempre que la persona física o jurídica haya aportado elementos o datos relevantes para el esclarecimiento de los hechos investigados, sin perjuicio de la necesidad de garantizar la restitución de los beneficios obtenidos o de las pérdidas evitadas por la misma.*
- *k) En el caso de insuficiencia de recursos propios, las dificultades objetivas que puedan haber concurrido para alcanzar o mantener el nivel legalmente exigido.*

- *l) 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.
(...)”.*

En la demanda no se cuestiona que la sanción procedente sea la de multa ni la aplicabilidad retroactiva del TRLMV, sino su concreta cuantía en cuanto al límite superior e inferior tomado en consideración para el cálculo de los grados y la concreta individualización dentro del grado inferior que es en el que se mueve la sanción impuesta.

En la resolución recurrida se viene a indicar al respecto de la individualización de la concreta sanción:

“Pues bien, en este caso, de entre las sanciones previstas por el artículo 302 del TRLMV, procede la imposición de multa recogida en su apartado 1, toda vez que el resto de sanciones están previstas para infracciones o infractores de otra naturaleza o para otros supuestos de especial gravedad que aquí no se aprecian, y por importe de hasta 641 miles de euros (el quíntuplo del beneficio bruto obtenido con la infracción), al ser la mayor de las cifras indicadas en la norma.

De igual modo, constando beneficio bruto obtenido con la infracción, su importe debe constituir el límite mínimo de la multa a imponer a los efectos de cumplir con la exigencia del principio de proporcionalidad, una de cuyas manifestaciones contempla que "El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas" y, en consecuencia, la posible multa a imponer se puede dividir en tres tramos o grados (en miles de euros):

- *De 128 a 299*
- *De 299 a 470*
- *De 470 a 641*

En cuanto a los criterios de dosimetría aplicables para la determinación concreta de la multa dentro de los parámetros posibles, no se aprecian aquí circunstancias que aconsejen atemperar el reproche disciplinario. Por el contrario, como circunstancias que aconsejan reforzarlo se aprecian elementos de gravedad en la infracción cometida, que incrementan la lesión al bien jurídico protegido con las normas represivas del abuso de mercado, es decir, la transparencia e integridad del mercado de valores, atendiendo a que la manipulación de mercado habría alcanzado a las acciones de tres diferentes emisores y en hasta quince sesiones bursátiles (letra d) del artículo 310.1 del TRLMV).

En consecuencia y respetando el principio de proporcionalidad, se considera ajustada la imposición de una multa por importe de 280.000 euros, dentro de su grado o tercio inferior pero en sus parámetros mayores.

(...)

Primero, para calificar la infracción como muy grave por apreciarse que la manipulación de mercado habría producido una alteración significativa de la cotización se ha considerado que en hasta cuatro de las sesiones bursátiles afectadas por ella los porcentajes de alteración fueron superiores al 10% (15% en un caso), mientras que se considera como elemento de gravedad para la graduación de la multa el hecho de que la manipulación de mercado habría alcanzado a las acciones de tres diferentes emisores y en hasta quince sesiones bursátiles. Por lo tanto, hechos diferentes.

Segundo, el beneficio que procede considerar como elemento base de la multa a imponer es el beneficio bruto obtenido como consecuencia de los actos u omisiones en que

consista la infracción. En consecuencia, el obtenido por el infractor con la infracción cometida que, aquí, es el obtenido por el expedientado mediante una práctica de manipulación de mercado -el único infractor aun cuando en la práctica hubiera utilizado órdenes de terceros a él vinculados y en su representación a los que habría producido pérdidas.

Por fin, no procede considerar como criterios a considerar para rebajar el reproche disciplinario los que se invocan. Por un lado, sí se ha acreditado en la conducta gravedad y persistencia temporal del peligro ocasionado o del perjuicio causado, y precisamente ello conduce a apreciar una infracción muy grave. Por otro, el que la infracción no haya causado consecuencias desfavorables para el sistema financiero o la economía nacional no cabe aplicarlo por la falta de incidencia de esta circunstancia en la infracción imputada. Por fin, sí ha quedado acreditada intencionalidad en el infractor.

Hemos de añadir, en cualquier caso, a propósito de la proporcionalidad de las sanciones, que jurisprudencia consolidada en materia de proporcionalidad de sanciones administrativas entiende que no cabe hablar de desproporción en las mismas cuando las multas que se imponen caen dentro de su grado mínimo, que viene a equipararse al tercio inferior posible. Así, como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de julio de 2007 "(...) la Administración ha impuesto la multa en el grado mínimo o tercio inferior de la previsión legal, y aún en los parámetros menores de dicho tercio o grado inferior, por lo que es claro que no existe quiebra del principio de proporcionalidad"

Comenzaremos señalando que la proporcionalidad de las sanciones implica que las mismas vengan atemperadas a la particularizada gravedad del hecho en la conjunción de las circunstancias de índole subjetivo (que remiten al infractor) y objetivo (que remiten al hecho típico) siendo que en el campo administrativo sancionador en general y en el ámbito del mercado de valores en particular, no existe unos criterios de dosimetría similares a los recogidos en el art. 66 del CP y que las circunstancias modificativas difieren de las propias del ámbito penal. Recordemos que no cabe la aplicación automática, sin matización alguna de los principios informadores del derecho penal al procedimiento administrativo sancionador (S. TS 6-10-2003 Rec. 772/1998).

La resolución recurrida está más que motivada en cuanto a la individualización de la sanción impuesta.

En principio, el quíntuplo del beneficio bruto obtenido, que es el concepto manejado para fijar el límite máximo de la multa a imponer, no es precisamente el mayor de los previstos normativamente (la norma remite al mayor) y en cuanto al beneficio ha de atenderse al obtenido por el recurrente por cuanto el grupo fue instrumental en busca de su propio beneficio (de no ser así la responsabilidad se habría establecido para todos y cada uno de ellos).

De igual manera, el límite inferior establecido en la concreta ganancia bruta obtenida por el recurrente con la manipulación de mercado constatada está sobradamente justificado en la exigencia legal de que la comisión de la infracción no debe resultar beneficiosa para el infractor (art. 29.2 de la LRJSP 40/2015 "*El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.*") y sin olvidar que las infracciones graves tienen un límite superior (multa de 300.000 € ex art. 303 del TRLMV) al tomado como inferior en el caso de la infracción muy grave de autos (128.000 €).

La regularidad de atender al margen superior del grado mínimo viene justificada en el caso de autos por la entidad de la infracción sancionada que nos remite a aspectos objetivos de la misma y no a elementos subjetivos tales como el especial propósito buscado y ha de tenerse presente que unos hechos por sí mismos pueden ser determinantes de una infracción muy grave, como es el caso de autos atendiendo a la constatada manipulación de mercado con alteración significativa de la cotización y dentro de ella merecedores de un especial reproche sancionador dada la entidad de la gravedad sin que ello suponga que la conducta se tome en consideración tanto para afirmar la infracción como para agravarla (manipulación de mercado habría alcanzado a las acciones de tres diferentes emisores y se habría producido en hasta quince sesiones bursátiles detectadas)

Por otro lado, estando ante una infracción de peligro abstracto que no exige un resultado efectivo para su consumación los criterios defendidos centrados en el resultado (ganancias obtenidas, perjuicios para terceros o para la economía nacional) en su caso habrían de valorarse en su concurrencia que no en su ausencia y como circunstancias de agravación.

En cuanto a la falta de intencionalidad en la manipulación nos remitimos a lo ya dicho en el fundamento jurídico antecedente.

En definitiva, el recurso ha de ser desestimado en su integridad.

6.- 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 **D. JGP** contra la resolución del Ministerio de Economía 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.